THE LEGAL STATUS OF THE FEDERAL ADMINISTRATION

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1985
Catalogue No. J32-1/40-1985
ISBN 0-662-53768-8

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 40

THE LEGAL STATUS OF THE FEDERAL ADMINISTRATION

1985

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence* (December 19, 1975)
2. *Guidelines - Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure - Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 8, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death* (April 8, 1981)
16. *The Jury* (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny - Immigration Appeal Board* (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants* (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences* (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case* (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commission of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences* (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice* (1977)
21. *Payment by Credit Transfer* (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (1979)
25. *Independent Administrative Agencies* (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law* (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects* (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests* (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1985)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)

The Commission has also published over 70 study papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6.

---

* Out of print. Available in many libraries.

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Administrative Law

Mario Bouchard, D.E.C., LL.B., LL.M.

Principal Consultant

Daniel Mockle, LL.B., D.E.A., LL.D.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: Absence of a Modern and Coherent Status 5

I. Origins of the Current Situation 5

A. The Weight of Historical Tradition 6

1. The Existence of a Paradox 6
(a) Survival of the Unitary Principle 6
(b) Consequences of Relational Dependence with the Crown 7
2. Transfer of Special Pre-Eminence 10

B. Complexity of Canadian Institutions 12

1. The Impact of Federalism 13
2. Fragmentation of the Federal Administration 16
(a) Independent Administrative Agencies 16
(b) Public Enterprises 20

II. Continuing Misconceptions 23

A. Terminological Confusion 24

1. Uncertainty As to the True Identity of the Crown 24
2. Toward a Distinctive Meaning for Administrative Law 26

B. Obfuscating Contemporary Reality 28

1. The Absence of Doctrine 29
2. The Existence of Subjective Factors 30

III. Conclusion 31

CHAPTER TWO: Toward a Methodology of Change 33

I. Conditions Favourable to Strengthening Rights of Individuals 34

A. Contemporary Requirements of the Rule of Law 35

1. Exclusion of Autonomous Powers 35
2. Search for a Balance 38
(a) The Idea of Complementarity 38
(b) The Idea of Reasonable Limit 40

B. Paramountcy of Liberal Concepts 42

1. Primacy of the Rights of Individuals 42
2. Quest for Equality of Treatment 45
(a) The Concept of Equality in Canadian Public Law 45
(b) Application of the Principle of Equality to Law Affecting the Administration 48

C. The Vulnerability of the Individual 52

1. Rapid Growth of the Benefit-Granting Function 52
2. Changes in the Individual's Status in Relation to the State 53

D. Deficiencies of Judicial Review 55

II. The Special Nature of Administrative Action 59

A. Problems in Making Administrative Action Subject to General Rules 60

1. The Existence of Special Functions 61
(a) The Administrative Police Function 61
(b) The Power to Act Unilaterally 64
2. The Special Nature of the Benefit-Granting Relationship between the Administration and the Individual 65

B. The Advantages of Special Legal Regimes 68

1. The Benefits of More Suitable Rules of Tortious Liability 69
2. Uncertainty Regarding the Execution of Judgments 74
3. The Need for Non-Curial Safeguards 77

III. Conclusion 78

CHAPTER THREE: General Conclusion and Recommendations 81

BIBLIOGRAPHY 89

TABLE OF CASES 101

TABLE OF STATUTES 103

For my part, and with respect for the contrary view, I consider that this old notion of royal immunity cannot be reconciled with our modern understanding of a democratic state and of the right of every citizen to be equal before the law.

Hugessen J. in *C.I.A.C.* v. *The Queen*, Federal Court of Appeal, July 12, 1984.

[TRANSLATION]
Administrative law is not, and cannot be, an area of law like any other ... for it is an integral part of the study of political science which is concerned with the problems raised by relations between Government and the citizen, authority and freedom, society and the individual.

P. Weil, *Le droit administratif*.

Introduction

Following a recommendation contained in Working Paper 25, entitled *Independent Administrative Agencies* (L.R.C.C., 1980), the Law Reform Commission recently decided to undertake a review of the legal status of the federal Administration.* Research along these lines is in keeping with the Commission's fundamental concerns regarding the clarification and reform of federal administrative law. However, events on the political scene have provided more timely justification. The patriation of the Constitution has inaugurated an era in which Canada, now sovereign, is able to develop a public law fully suited to the needs of our time. Accession to sovereignty calls for a review of the legal means enabling the Government and the entire Administration to formalize their special pre-eminence. Defects which appear to be unacceptable in light of current trends in the law also justify the timeliness of this Working Paper.

This research is in the unusual position of being able to justify itself almost without further reference to any external consideration. Quite apart from reasons connected with social or political developments, two major problems make a thorough review of the legal status of the federal Administration desirable.

The first of these originates in a lack of legal unity. For historical, legal and structural reasons, a large part of the federal Administration is associated with the legal regime of the Crown, which allows it to benefit from powers, privileges and immunities which are generally exceptional. The rest of the Administration is subject in principle to the ordinary rules of the common law or the civil law. This has the effect of placing it on an equal footing with private individuals. The federal Administration is thus subject to a dual system, the only justifications for which are unfortunately history and continued legislative improvisation. Most often, subjective judgments or political factors are responsible for the statutory promotion of certain offices or agencies to the rank of Crown agent. When the legislator has not been sufficiently precise as to the status of such bodies, the courts have often been forced to undertake the delicate operation of determining what rules will apply to them. Over a period of time, in the absence of any general solution, the federal Administration has become a complex mosaic of particularized regimes. This is especially difficult for the public, which is often unable to determine the legal status of the unit with which it must deal. Additionally, a widening discrepancy between the status of certain bodies and the nature of their activities raises urgent questions as to the coherence and relevance of this dualism. There may not appear to be any immediate reason why certain public enterprises engaged in activities of an industrial or commercial nature should benefit from the legal position of the Crown, while others, performing functions which are essentially public in nature, cannot claim any special status.

---

* The term "Administration" is used in this translation to refer to the administrative apparatus of the Federal Government — TR.

The second problem concerns the failure of this status to move with changing times. The legal position of the Crown has its roots in a period when a different logic applied to relations between the State and the individual. Today, the Crown continues to represent a legal reality endowed with many privileges, powers and immunities that are difficult to reconcile with the ideals of a society concerned about equality and democracy. As it is the Administration which chiefly benefits from these exceptions to ordinary law, the Crown at once moves beyond this historical dimension to take its place among current issues. In this context, additional rights and safeguards are being claimed for individuals in their dealings with the Administration. Thus, if such individuals are to be granted, or if they assert, a right to information and to confidentiality, to be given reasons for administrative actions, to consultation and participation, and to safeguards, whether curial or not, at various stages of an administrative proceeding, many of the privileges and prerogatives enjoyed by the federal Administration will quickly appear to be anachronisms:

> [TRANSLATION]
> All of this machinery, with its advantages for the Government, is both anti-democratic and outmoded at a time when Governments are responsible for some forty per cent of the country's economic activity. (Tremblay, 1982: 77)

Has it become necessary to initiate radical changes in order to dispose of what has become obsolete?

While the need for a critical examination of the existing situation is becoming increasingly apparent, the complexity of the subject is such that action should not be taken too hastily. Caution and the desire to ensure a minimum of accuracy in our analysis mean that we must take a step back. The time is ripe for fundamental consideration of this issue.

At this preliminary stage, it may be observed that an analysis of the legal status of the federal Administration overlaps with that of the Crown itself, as these two entities are partly merged with each other. The resulting confusion has always considerably impeded any clear and coherent analysis of the situation. At the outset, therefore, the Commission was confronted with several major problems, not only in attempting to differentiate between these two realities, but also in developing a research programme taking into account the problems inherent in the concept of the Crown. Its privileges and immunities have always constituted a formidable challenge to legal analysis. Any examination of the Crown's legal position must necessarily cover a wide area of administrative law, since this institution is the source of special rules in tortious liability, contracts, procedural privileges, Crown privilege, immunity from suit, the public domain, recovery of debts, the applicability of statutes, execution of judgments and so on. The Crown thus appears as the linchpin in developing a rational presentation of the principal legal factors most directly affecting the Administration.

Although an initial understanding of the significance and ambivalence of this duality between the Crown and the Administration helps to define the limits of this research, several difficulties remain. First, the complexity and immensity of this subject preclude the development of concrete proposals for change in the short term. In order to cover

the entire subject-matter, we have had to adopt an incremental approach. The complexity inherent in each of the privileges or immunities of the Crown requires a series of specialized studies. However, a preliminary analysis remains necessary, if only to clarify certain fundamental points, outline a research program and avoid repetition. Hence this overview, which is intended to lay the groundwork for current and future research. It can be used to formulate general principles and to develop a true theory of administration. The intention at the outset was not to present concrete proposals for reform, but to leave these to the writers of specialized studies.

Other problems make a discussion of this kind necessary. Currently no comprehensive study of this subject exists in either Canada or the United Kingdom; this complicates matters considerably in arriving at a coherent and precise perception of this area of public law. In particular, almost no general theoretical explanation exists for these privileges and immunities. So far, legal analysis has been devoted to descriptive classification rather than any general assessment with a view to change. No doubt there is a certain feeling of helplessness, in view of the abstract nature of the subject-matter and the extensive research needed to clarify the confusion in this area. The situation is made even worse by a formidable initial difficulty, that of correctly defining the concept of Crown for the purposes of administrative law. At this stage of the research, therefore, we feel it is important to leave aside mere descriptive cataloguing and attempt to resolve certain conceptual issues, thus suggesting a framework for analysis in accordance with a general philosophy.

The Commission does not intend by this general approach artificially to devise a new theory of the State or of the executive function. On the contrary, this is to be a statement of the present position, a basis for proposing a new status for the federal Administration, that would be better suited to the legal and social circumstances of Canada, adopting an outlook which is not limited to traditional law. In doing this, we need not for the moment resort to political, sociological or economic analyses as such. In varying degrees, legal analyses reflect the Canadian reality. Even within these limits, it is still possible for us to step back in an attempt to list all the legal factors that may affect the legal status of executive function. The source of these factors is still sufficiently uniform to suggest certain general principles in relation to the state of contemporary public law. Any general observation is certainly not free from methodological difficulties, in view of the vastness of the subject-matter and its heterogeneous nature. On the other hand, a long and detailed exegesis of each privilege would probably produce only a list of particular pictures without any common thread.

This fundamental reflection is all the more necessary as the existing dualism offers a choice. Since part of the Administration is not subject to any special rules, the question arises whether this solution should be further extended, or whether it should be regarded as unsuited to administrative necessity. Such a choice could not be properly made on the basis of an analysis limited to discrepancies within the existing system. The Administration is a relational entity, constantly in contact with individuals. Its status, therefore, depends largely on the nature of the relations it has with them. This indicates the need to develop a general philosophy of relations between the Administration and the individual, which

can be the basis for a much more critical reappraisal of the existing regime. As neither Anglo-Canadian nor British academic opinion has to date suggested any analysis of this type in the area with which we are concerned, the reader should not be surprised by the relative importance given to Québec writers, or by the novelty of certain points made.

The existence of apparently divergent interests does not facilitate the choice of changes which should be made to the legal status of the federal Administration. The Administration intervenes more than ever in economic and social life. These interventions require tools which are designed to deal with such wide responsibilities. Hence, special powers and privileges may be justified as a means of attaining these "public interest objectives." In the interests of the entire community, the Administration may claim to stand outside the general rule and enjoy a separate status, as the effectiveness of its actions depends on the existence of immunities and privileges. Indeed, British writers have not hesitated to state that the latter are "essential" to government action (Harvey and Bather, 1977: 228; Wade and Phillips, 1980: 234).[1] Conversely, it can be said that the trends in current law are largely favourable to expanding the rights and safeguards of individuals when confronted with administrative action. The primacy of the rights of individuals and civil liberties might lead to the conclusion that the State should be less powerful and enjoy no form of special pre-eminence over individuals.

The first part of this Working Paper will therefore be primarily descriptive, explaining the circumstances which have given rise to the present situation. It is important to understand why public law appears to ignore the fact that Canada has a highly developed governmental apparatus. The absence of a modern and coherent status for the federal Administration requires at least a minimum effort to modernize the law (Chapter One: *Absence of a Modern and Coherent Status*). Such a change can really only take place with a methodology which reconciles the apparently divergent interests of the protagonists, namely, Administration and individuals (Chapter Two: *Toward a Methodology of Change*). This is how methods more suited to the present circumstances are likely to be found, and to serve as a basis for developing a new legal status for the federal Administration. The oneness in the orientation of the specific research which the Commission intends to undertake will thus give it the necessary coherence. Accordingly, the purpose of this Paper is to lay the groundwork for such a general plan.

1. More cautiously, Foulkes, 1982: 2, notes that "[i]f the community decides that public power is necessary to achieve certain goals, then the appropriate authorities must be given the necessary powers."

CHAPTER ONE

Absence of a Modern and Coherent Status

The concept of the Crown is of crucial importance in the area under consideration, since in large measure this is the institution that provides the basis for many privileges and immunities. The common law and several statutes[2] have, by implication, recognized the special status of the Crown in right of Canada and, by association, the special status of a large part of the Administration. As the concept of Crown is derived directly from feudal society, can it be entirely suited to the context of a technological and scientific State in the late twentieth century? This refers to a long history which has seen the prerogatives of the Monarchy gradually eroded in favour of Parliament. Indeed, the use of the term "Crown" is all the more surprising, as it appears to conceal the transfer of the executive function from the person of the Monarch to a Government responsible to Parliament. Although the concept of the Crown undoubtedly has a part to play in the operation of any contemporary State in the British tradition, it represents a complex and ambiguous entity which can only take shape through a historical review (Section I: *Origins of the Current Situation*) and an attempt at demystification (Section II: *Continuing Misconceptions*).

I. Origins of the Current Situation

The legal status of the federal Administration is the result of a historical and institutional evolution which cannot be ignored when reform is considered. In Canada, the combined effect of the particular way in which British institutions have developed on the one hand, and the experience with federalism and independent administrative agencies on the other, has produced an original situation. The circumstances surrounding the development of this situation stems essentially from three principal causes. The organizational problems peculiar to Canadian federalism and to the structure of the federal Administration cannot be separated from this background of the special way in which the Crown's legal position has evolved. It is therefore necessary to consider the special significance of the Crown in the United Kingdom before examining more specifically Canadian issues.

---

2. See, for example, the *Crown Liability Act* (hereinafter referred to as "the 1953 Act").

A. The Weight of Historical Tradition

The Crown is central to any analysis of administrative institutions. It is thus tempting to think that the present situation is essentially the result of history, and to discount any other explanation. The historical approach does continue to have great importance for this subject, since it enables us to understand the relative character of a legal system which is the product of a thousand years of history. However, the present situation does not appear to be exclusively the result of historical determinism, which would make any attempt at clarification and rationalization futile. With this qualification, history can play its proper role in explaining the strange paradox which has led to the Crown and a large part of the Administration being granted a special pre-eminence.

1. The Existence of a Paradox

Paradoxically, both integration and separation of powers are inherent parts of British public law. The survival of the Crown dates from a period in which all governmental functions flowed, in a more or less confused way, from the person of the Monarch. On the other hand, many institutions have evolved decisively towards a regime of separation of powers, in strict accordance with the thinking of Montesquieu. This rule can be easily verified with regard to the judiciary, which under the *Act of Settlement, 1701* was granted many rights and safeguards to ensure its integrity and independence (Hood Phillips and Jackson, 1978: 377). It is a truly separate and independent appendage of the State, although the appointment of judges and the administrative organization of the judiciary are the responsibility of the Executive (Brun and Tremblay, 1982: 513). Nevertheless, the courts are still "the King's Courts," mere extensions of royal justice.[3] As the fountain of justice, the Monarch only delegates to her courts the power to state the law and to settle disputes. On the surface, therefore, the Crown negates the principle of the separation of powers, since all governmental functions derive from the Sovereign.

(a) Survival of the Unitary Principle

Historically, royal authority resulted in an integrated State. Legislative, judicial and executive functions proceeded directly from the individual person on the throne. Even today, the Queen sits in her Parliament, the courts are the Queen's courts, the Administration is a service of Her Majesty, the Monarch is the Head of State; she is defender of the Kingdom as Commander-in-Chief of the Armed Forces, and Defender of the Faith (de Smith, 1981: 99). Many spiritual and temporal functions accordingly reside in an institution which is absolute in every sense, since it is a supreme entity in which all the functions of the State reside. This primal integration of powers dates back to the twelfth century, a period when the King succeeded in establishing his authority over feudal

3. "All jurisdictions of courts are either indirectly or immediately derived from the Crown. Their proceedings are generally in the King's name ..." (Blackstone, 1829, c. 7).

society, becoming the First Lord of the kingdom. Under the reign of the first Plantagenet, Henry II (1154-1189), in particular, an institution emerged which would have a decisive importance on subsequent developments. Like the Monarch, the *Curia Regis* performed a number of financial and judicial duties, and assumed administrative functions as well (Harding, 1973: 38; Turner, 1968: 14). It appears to have been the embryo which was later to become the Executive and the Administration in modern Britain. Accordingly, it evolved as its functions became increasingly specialized.

Although the necessities of organization and operation naturally favoured such an outcome, the coexistence of judicial and administrative functions within the same body nevertheless led to major problems. At the outset, no really clear distinction separated "the administration of justice" from the management of finances and of the royal domain.[4] All that can be said is that the former had some degree of ascendancy over the latter because of a specifically British cultural characteristic. As Bracton observed in the thirteenth century, "the king was the *judex ordinarius* of the realm, and his duty *primo et principaliter* was to judge" (Turner, 1968: 9). In addition, the independence of the judiciary was the result of a long development, since initially it merely performed a specialized function within the same body (Holdsworth, 1922: 144). Thus, under the reign of King John, justice ceased to be dispensed on an itinerant basis and was centralized in Westminster. Appeals from the common law courts came to be heard by a small number of royal judges attached to the *Magna Curia Regis*. In their efforts to handle an ever-increasing flood of appeals, these judges gradually formed a specialized group known generically as the *coram rege* (Turner, 1968: 27). This body was ultimately to become the Court of Common Pleas and the Court of King's Bench (de Smith, 1981: 141). This dualism is still to be found in the Privy Council, which contains a Judicial Committee: "the Judicial Committee of the Privy Council is in form an executive organ, but it is in fact an independent court of law" (Wade and Phillips, 1980: 50). This integration of powers is also reflected in the concept of administrative tribunals, in which the separation of administrative and quasi-judicial functions raises thorny problems (Garant, 1985: 132).

(b) Consequences of Relational Dependence with the Crown

Although British public law has undoubtedly evolved towards a system of separation of powers, this original integration of powers nonetheless inhibits modernization of this area of the law. It presents two difficulties which are far from negligible.

On an essentially theoretical level, first, it must be observed that no activity of the State is really independent of the Crown (Hood Phillips and Jackson, 1978: 31). This is of course a legal fiction, similar to the one relating to the legal status of Canada before 1982, when it could not claim to be a fully sovereign State in law, although it had become

---

4 "The King's administrative machine was used, not only to administer his estates, to collect his charges or, as they were called, debts, but also, to carry into execution his orders intended to settle disputes between private parties, and to administer justice in what are described as pleas of the Crown, i.e. criminal cases" (Ehrlich, 1921: 19). See also Strayer, 1979.

one in fact. Similarly, in the internal organization of the State all matters are transacted as if the Monarch were omnipresent, the real embodiment of the State in all its parts. This fact is clearly reflected in current terminology, since we readily speak of Crown lands, a Crown prosecutor, a Minister of the Crown, the Speech from the Throne, Royal Assent, the Royal Mail,[5] or simply the Crown, when we mean the Government. Not only does this constant reference to the Monarchy present problems in distinguishing all these entities from each other, but an effort is also necessary to overcome a close relational dependence with the Crown, which is reflected in filiations, privileges, immunities and exceptional powers. In the courts, for example, the contempt of court procedure can only really be explained by direct reference to the Monarch, since the judges are punishing behaviour which challenges the authority of the Queen's courts.[6] By a fiction, a contempt committed with respect to a judge is no less than an attack on the Monarch herself. Nevertheless, parliamentary and judicial functions have been clearly emancipated from Crown control (*Magna Carta, 1215*; *Case of Proclamations, 1611*; *Bill of Rights, 1689*; *Act of Settlement, 1701*). As such, they are not directly associated with the Crown, although they may be managed by it through the tabling of bills and the appointment of judges. In the case of the Government and the Administration, this differentiation has never been made, with the result that it is very difficult to conceive of executive action as an independent concept.

The second problem, directly connected to the first, results from the very impossibility of making a clear distinction between Crown and Government, Government and Administration, and Crown and Administration. In law, it is as if this trilogy were a single unit. In the first place, this is the result of history. By a series of transformations, the executive functions of the *Curia Regis* were transferred to the Council, then to the Privy Council, and finally, as the result of action by James II, who was opposed to the Privy Council, to the Cabinet (de Smith, 1981: 181). Under the leadership of Sir Robert Walpole, this Cabinet in fact became "the King's principal and trusted adviser." In this way by historical tradition and legal fiction, the Government and the Cabinet are associated directly with the Crown, and the latter personifies the Executive and the Administration above all. This is clearly shown by observations made regarding government institutions. For de Smith, the civil service is defined with reference to the officers who make it up:

> [A] civil servant is a Crown servant appointed directly or indirectly by the Crown, and paid wholly out of funds provided by Parliament and employed in a Department of government. (1981: 185)

These Departments or Offices usually have at their head a Minister of the Crown who is responsible to Parliament. The circle is thus complete. Civil servants, services, departments, Ministers and the Government are all merged in the Crown and benefit in various ways from some or all of its privileges.

---

5. This term was formerly used to refer to the British post office. In Canada, this phrase was replaced by "Canada Post," which since 1981 has been the Canada Post Corporation.

6. "The courts, as agents of the King, derived their use of the contempt power in such cases from the presumed contempt of the King's authority" (Watkins, 1967: 136).

This complex situation raises two new problems for the present analysis. In terms of reform of the legal status of the federal Administration, the legal regime of the Crown is the source of many privileges and powers for a large part of the Administration. Although some of these privileges have only administrative consequences limited to administrative law for all practical purposes (special rules regarding tortious liability, the power unilaterally to dismiss officers and civil servants, Crown privilege and so on), others are more closely connected with the "public law" aspects of Government (for example, the royal Prerogative in the fields of defence and diplomatic relations). Is it then possible to make a clear distinction between what is merely administrative on the one hand, and what is specifically governmental on the other?[7] Should we not take the risk that re-evaluating the legal status of the federal Administration will require us at various points to re-examine certain powers and privileges held by the Government, for the simple reason that these two institutions are confusingly associated with the Crown? Since many privileges affect the entire executive apparatus, any possible modification of them will necessarily have repercussions on each part of the Executive.

The other problem is also a rather delicate one. In a situation in which it is the Crown which symbolizes and embodies the executive function, a study that purports to be limited primarily to privileges of the Administration must necessarily innovate and move away from tradition. In its most classic concepts, British public law leaves little room for the concept of the "Administration" as a separate entity with its own objectives; and yet, the Administration exists (to paraphrase Galileo). In functional terms and in terms of its organization and objectives, it constitutes a separate entity for purposes of law and administrative science. The Administration is thus a collection of material and human resources existing to give concrete effect to legislation, manage public services of general concern and provide assistance benefits. In Canada, the federal State has an especially large Administration which includes central units such as departments, independent administrative agencies such as commissions, offices, and boards, and certain decentralized bodies and public enterprises better known as Crown corporations.[8] The federal Administration is thus a distinct and tangible reality. It is the Administration understood in this way that we will refer to in this Working Paper, without direct and constant reference to the position it holds with respect to the Crown. In English, the phrase "public administration" exists to refer to what is described as *l'Administration*

---

7. [TRANSLATION]
"Even if a distinction is discernible between Government and the Administration, between the governmental and the administrative functions, the fact remains that in practice anyone who attempts to identify the rules governing the organization and operation of governmental and administrative institutions is faced with a body of rules among which it is difficult to distinguish what applies to the Government and what to the Administration" (Garant, 1985: 2).

8. Although this fact tends to be misunderstood, public enterprises are also part of the Administration. Indeed, in *British Columbia Development Corporation* v. *Friedmann (Ombudsman)*, [1984] 2 S.C.R. 447; (1984), 55 N.R. 298, the Supreme Court held:

> There is nothing in the words administration or administrative which excludes the proprietary or business decisions of governmental organizations. On the contrary, the words are fully broad enough to encompass all conduct engaged in by a governmental authority in furtherance of governmental policy - business or otherwise. (Dickson J. 36 (S.C.R.): 311 (N.R.))

in the other Western cultures. The increasing use of the phrase "administrative law" to refer to the law applicable to public services makes the reference to their public nature superfluous.

Despite all the confusion which still surrounds the concept of the Crown, therefore, the Administration can, for administrative law purposes, be the subject of a study dealing specifically with its status and the rules applicable to it. This is still a difficult undertaking, since historical tradition requires constant reference to the Crown, which holds a very ambiguous position within the State. This institution, conceived and designed by canon lawyers (especially at Oxford, Paris and Bologna), is increasingly ill-adapted to the technological and scientific State of the late twentieth century. Despite historical vicissitudes, however, the Crown continues to provide a special pre-eminence to all the institutions directly linked to it.

2. Transfer of Special Pre-Eminence

To the unwary observer, the Crown may give the impression of being a curiosity without real consequences, merely a reflection of the attachment of public law to British tradition. In reality this institution cannot have a neutral role, since it still embodies a very special concept of the executive branch. It makes possible a continuance of the royal pre-eminence over the functions or bodies directly associated with it. For the Administration, this has two specific consequences.

Despite Dicey and the tradition influenced by him, the fact is that the present situation partly or entirely negates the concept of the rule of law. In its strictest sense, this rule is that only Parliament and the courts can of their own initiative alter the law applicable to individuals (Dicey, 1959: 193). In such a system, the Administration in theory has no special powers, as it remains subject to Parliament and review by the courts. It thus occupies a lower place in the hierarchy than the foregoing bodies, and is given no special status under public law (Garner, 1929; Robson, 1952). This is in contrast to the Continental tradition of administrative law, where the Administration has a separate existence, and it is thus possible to make administrative law a truly independent area of study (David, 1980: 81; de Laubadère, 1983: 27). British law has declined to follow this route, placing special emphasis on freedoms of individuals, which could only be guaranteed by Parliament and the courts.[9] In theory, the purpose of British public law is to limit the powers of the Administration, so far as possible, in order to ensure compliance with certain political values.[10]

---

9. On the influence of the ideas of Dicey, see, in particular, Distel, 1971: 364.

10. This fundamental concern also appears clearly from reading British writers who put particular emphasis on the themes of "control," "powers" and "limits." See, in particular, Garner, 1979: 25, who clearly associates the purpose of administrative law with the idea of control: "It is not our purpose to list all the many powers of the administration, but to discuss and explain the extent to which and the means by which those powers are subject to some measure of control." Even to those who have moved away from this stereotyped outlook by observing that the administration also appears as an institution concerned with providing services and benefits, the theme of control remains very important. See, for example, the introductory remarks of Foulkes, 1982: 3.

There are not many who view this as a realistic description of the reality. For too long, lawyers have refused to recognize that the rule of law was a general standard to be achieved by the State. Like the *Rechtsstaat* of the German jurists, the rule of law is above all the expression of an ideal of public law, despite the many achievements which have already been made in this direction. Historically, the rule of law is seen as an instrument for doing away with the legal sequelae of the medieval State, which was distinguished by the absolute pre-eminence of the executive branch. The contribution of Dicey was to understand and rationalize the evolution that took place over two hundred years (1688-1889) and to formulate a legal rule better suited to the liberal society of his time. The Diceyan thesis may thus be seen as a historical review leading to the making of a new departure based on the supremacy of Parliament. Has this aim been achieved?

While Dicey's ideas, as we know, soon became accepted dogma in law schools, British law has not in fact moved completely through this transformation, although many already regard it as an established fact. By its association with the Crown, the Administration has acquired a special position which is in conflict with this too reassuring view. In terms of sovereignty within the State, the Crown is, whatever anyone may say, *primus inter pares*. As a result of the function of the Queen as Head of State, it is hierarchically superior to Parliament and the courts. The main result of this special position is to give it an extraordinary status. It is too easy to forget that, as in its heyday in the thirteenth century, the Crown is still "above the law." Strictly speaking, unless there is an express statutory provision to this effect, or the theory of necessary implication can be applied, the Crown is not bound by statutes despite having given its assent to them.[11] On a practical level, the Government exercises political control over Parliament. The Crown can then confer on itself any privileges it wants, or preserve the privileged position it enjoys at common law. Its many privileges and immunities often have the effect of placing it outside the ordinary rules of private law. In the courts, it can in many areas claim the benefit of a separate system of law (Chitty, 1820; Robertson, 1908; Williams, 1948; Currie, 1953).

The Administration, which benefits from the legal status of the Crown, is given a special pre-eminence under English public law (the first consequence) which *de facto* places it above other bodies of the State, thus creating exceptions to the application and meaning of the rule of law (the second consequence). In other words, the British model of Administration is regulated in many cases by special regimes which apply only to it,[12] and which are often extraordinary by comparison with the French or German solutions, in which much greater progress has been made in subjecting the Administration to the law and judicial control. In Canada, this disparity between reality and the general principles of public law is all the more crucial as this country moves toward a written legal system. There would thus appear to be a contradiction with the new *Canadian Charter*

---

11. "In particular the Crown is not bound by an Act of Parliament unless the Act so provided expressly or by necessary implication" (Foulkes, 1982: 12).

12. British academic analysts nonetheless affect to believe the contrary, observing that public law is an integral part of the general corpus of the common law (Garner 1979: 25). The common law nevertheless devotes a whole group of special rules to the Crown.

of Rights and Freedoms, which expressly recognizes the rule of law in its Preamble.[13] The differences with the British situation, however, go even further. Not only does Canada have a federal structure, but in addition the growth of its Administration has been marked by the creation of independent administrative agencies. These two new factors have had the effect of considerably increasing the complexity of the legal status of the federal Administration.

B. Complexity of Canadian Institutions

Beginning early in this century, a progressive fragmentation of the federal Administration has resulted in a formidable extension of the special privileges which might have been expected to be reserved for the Government alone. It has been as if the Crown had made an oil spill that continued to spread through intermediaries. First of all, the central Administration is associated with the Crown,[14] each department having at its head a "Minister of the Crown," who often represents the administrative unit he heads in adversarial proceedings, unless it is simply represented by the Crown itself through the Attorney General of Canada. In the case of independent administrative agencies, a quick survey shows the importance of the Crown's legal position (L.R.C.C., 1980: 152): not only are many of them expressly given the status of Crown agent by statute — for example: Northern Canada Power Commission (s. 4(1)); Science Council of Canada (s. 15(1)); National Capital Commission (s. 4(1)); National Research Council of Canada (s. 9(1)); Medical Research Council (s. 13(1)); National Harbours Board (s. 3(2)); Unemployment Insurance Commission (s. 6(1)); St. Lawrence Seaway Authority (s. 3(2)); Royal Canadian Mint (s. 5(1)); Canadian Livestock Feed Board (s. 9(1) of the *Livestock Feed Assistance Act*); Canada Employment and Immigration Commission (s. 10(1)); Social Sciences and Humanities Research Council (s. 16(1)); Natural Sciences and Engineering Research Council (s. 37(1)); Agricultural Stabilization Board (s. 4(1)); Atomic Energy Control Board (s. 3); Canadian Broadcasting Corporation (s. 40(1) of the *Broadcasting Act*) — but in addition there is an impressive number of special provisions partly extending Crown privileges to the remainder (Dyke and Mockle, 1983). For all practical purposes, the legal status of the Crown applies in varying degrees to most federal bodies, including Crown corporations. Observing the qualitative and quantitative significance of this status within the federal Administration demonstrates the urgency of a critical review. This seems all the more necessary as the operation of federalism has only served to increase the scope of its special immunities. Logically, it is this purely State aspect of the matter which must first be considered.

---

13. "Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law."

14. "What we do have is the Crown, which represents the sum total of powers of the central government, or we may say that central government is carried on in the name of the Crown" (Foulkes, 1982: 11).

1. The Impact of Federalism

This brief review of the British tradition has partly indicated the place the Crown holds in the "internal" workings of the federal Administration. Confusingly, it is the very status of this Administration which is assimilated to the Crown. This is the result of history, since originally Canada was a colony, the territory and inhabitants of which were governed directly by the Crown. In the absence of any action by the British Parliament, this colony was entirely subject to the exercise of the royal Prerogative, and royal proclamations could even have statutory effect (see *The Royal Proclamation, October 7, 1763*). The British Crown exercised this power through a colonial governor, the Governor General of Canada. This official thus enjoyed extraordinary and almost unlimited powers over the internal administration of the colony. However, the adoption of several British statutes (*The Quebec Act, 1774*; *The Constitutional Act, 1791*; *The Union Act, 1840*) had the effect of altering the legal status of Canada, which gradually acquired a parliamentary system of the British type. This evolution occurred in the century between the *Treaty of Paris, 1763* and *The Constitution Act, 1867*, the latter profoundly modifying the status of the Governor General by providing for the transfer of many privileges and immunities of the Crown to the Government (the Governor General in Council) (*The Constitution Act, 1867*, s. 12). The creation of the parliamentary system took place by transposing the British rules governing relations between Parliament and the Executive (in particular the fundamental statutes of the seventeenth century). In theory, the constitutional position of the Crown is thus essentially the same in Canada as in the United Kingdom.

In Canada, however, the reality is more complex. Unlike the situation in a unitary State such as the United Kingdom, federalism has resulted in a fragmentation of the Crown. Her Majesty also exercises supreme authority in respect of each of the Canadian provinces, with the result that there are eleven separate Crowns each having its own artificial legal personality.

Canadian federalism has thus given rise to a situation which does not lend itself readily to analysis. How is one to express the fact that there are eleven Crowns in one, yet Her Majesty remains a single person[15] although eleven persons coexist in her, with separate legal personalities? It is a truly theological mystery, which ultimately can only be explained by a comparison with the notion of consubstantiation. Although in essence the Crown continues to be sole and indivisible,[16] the Crown in right of Canada and the Crown in right of the ten provinces are still completely separate entities. Their privileges and immunities can be raised against each other, although the Crown in right of Canada has a pre-eminent position which has been decisive in the development of Canadian federalism.

---

15. Her Majesty is an artificial person in addition to being a physical person. More precisely, she is a "corporation sole." See Maitland, 1901 and Kantorowicz, 1957.

16. Cuppaidge, 1953-54: 596; O'Connell, 1957: 105. As Mundell points out, "Her Majesty is the same person at the head of each of her two types of governments in Canada" (1960: 70).

For the federal Administration, this rather complicated situation carries with it two new benefits. As the Constitution gives the provinces exclusive jurisdiction over private law and judicial procedure, the Crown in right of the provinces is governed by specifically provincial provisions. The Crown in right of Canada, on the other hand, can benefit from new privileges and immunities which are not necessarily contained in the federal statutes. It can take advantage of provincial enactments in issues arising in a province, unless there is an express provision to the contrary in a federal statute. As the federal authorities have no jurisdiction to regulate the conduct and procedure of curial proceedings in provincial courts, the legal status of the federal Administration is considerably strengthened by these provincial enactments.[17] As the latter often vary from province to province, the status of the federal Administration becomes even more ambivalent and ultimately loses what little unity it still possessed. To internal incoherence is added external fragmentation.

The other more serious difficulty results from the privilege of non-applicability of statutes to the Crown. At the federal level, the wording of section 16 of the *Interpretation Act* confers this privilege absolutely: "No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred to." This wording indicates that the Crown in right of Canada is superior to any law which does not mention it expressly or by necessary implication.[18] This has produced a whole body of decisions and academic analysis concluding that provincial legislatures cannot bind the federal authorities by use of the word "Crown."[19] This rule was clearly laid down by the Supreme Court in *Gauthier* in 1917. Certainly, such an immunity has unfortunate consequences. In various areas, the federal Administration may infringe provincial statutes while enjoying a complete immunity. This was true in the case of Eldorado Nuclear, a Crown corporation within the meaning of subsection 3(1) of the *Government Companies Operation Act*. An attempt by the Government of Ontario to make it subject to environmental protection provisions proved to be futile, since the Crown in right of Canada is not bound by provincial legislation (*R.* v. *Eldorado Nuclear Ltd.* (1982), 128 D.L.R. (3d) 82).

Federal public enterprises (*R.* v. *Eldorado Nuclear Ltd. and Uranium Canada Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551) can also be expected to assert their administrative independence and plead their immunity in the event of any issue based on the application of a federal

---

17. British Columbia: *Crown Proceeding Act*; Alberta: *Proceedings Against the Crown Act*; Saskatchewan: *The Proceedings against the Crown Act*; Manitoba: *The Proceedings Against the Crown Act*; Ontario: *Proceedings Against the Crown Act*; Québec: sections 94 to 100 of the *Code of Civil Procedure*; New Brunswick: *Proceedings against the Crown Act*; Nova Scotia: *Proceedings against the Crown Act*; Prince Edward Island: *Crown Proceedings Act*; Newfoundland: *The Proceedings against the Crown Act*.

18. On the principal cases in which this immunity is expressly recognized, see: *Bonanza Creek Gold Mining Company* v. *The King*, [1916] 1 C.A. 566; *Province of Bombay* v. *Municipal Corporation of the City of Bombay*, [1947] C.A. 58; *Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta* v. *The Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61. On the historical origins of this immunity, see, in particular, Street, 1948: 362.

19. This is a problem peculiar to federal systems which have retained the tradition of British public law. For a comparison between Australia and Canada, see, in particular, McNairn, 1977: 15. See *Gauthier* v. *The King* (1917), 56 S.C.R. 176.

statute. This is, in fact, what occurred with Eldorado Nuclear and Uranium Canada, which were recently prosecuted by the Attorney General of Canada for infringing the provisions of the *Combines Investigation Act*. They set up their status as Crown agents, arguing chiefly that like Her Majesty they could not be the subject of a criminal prosecution, and that in any case, under section 16 of the *Interpretation Act*, the *Combines Investigation Act* does not apply to the Crown and its agents. The Supreme Court accepted these arguments, noting that the administrative independence of these enterprises did not prevent them from claiming the status of a Crown agent, since in the particular case in question they were acting within the scope of the purposes mentioned in the statute and so retained the immunity they enjoyed in principle. This case has thus created a new paradox, since association with the legal status of the Crown has essentially given these public enterprises a distinct position capable of frustrating the will of the central Government. Curiously, the rule of non-applicability of statutes to the Crown worked against it, since in this case it failed in its attempt to make its own agents subject to the general rule of law established by parliamentary legislation.

This type of conflict, pitting the Crown against itself in criminal proceedings, may seem surprising, at least at first sight. If the component parts of the federal Administration which are associated with the legal status of the Crown become merged in its legal personality, it might seem unlikely that disputes would arise between these various embodiments of the same Sovereign. However, in a modern governmental context this apparent unity remains a fiction. First, it should be observed that such internal cohesion would require a degree of centralization which is not possible with the existing structure of the federal Administration. More significantly, the rule of non-applicability of statutes to the Crown, when incorporated into a decentralized structure, whether federal or otherwise, can only serve to demolish the rule of indivisibility, as was clearly demonstrated in the second *Eldorado* case. The problem is a similar one with respect to the Crown in right of Canada and of the provinces. As it is above the law, each Crown, federal or provincial, or each agent of the Crown in right of Canada, in law falls outside the scope of a legislative rule which is supposed to apply to all; this amounts to making each one subject to a different system of law. Since each can claim to avoid the ordinary laws of Parliament by pleading its immunity, the possibilities of conflict or opposition within the Crown itself are quite real.

Aside from the disputes which have traditionally characterized federal-provincial relations, therefore, this immunity has considerable significance in administrative law terms. The federal Administration is indeed "above the law," especially in relation to provincial regulation, which even further extends the scope of its extraordinary position. In this sense, certain commentators have been right to argue [TRANSLATION] "that in Canada we live under a system of partial rule of law, since the federal Government is not bound by provincial law" (Brun and Tremblay, 1982: 491). What is worse, this immunity is directly contrary to the principle of equality under the law, as now established by section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is therefore obviously necessary to move towards a solution which is more in accordance with the rule of law and the principle of equality, as these are now to be a fundamental part of Canadian public law. Undoubtedly, the problem of the application of provincial enactments to the

federal authorities raises difficult questions of adjustment and is really a political one in many respects. However, this is not sufficient reason to abandon the search for more appropriate solutions. If the federal Government is not subject to laws, whether provincial or federal, it is no exaggeration to say that such a situation is incompatible with the spirit of a liberal regime and the very idea of law. Even in the Continental tradition of administrative law, the Administration is far from having such extraordinary privileges, which suggests that the unacceptable nature of the existing situation should be further examined.

2. Fragmentation of the Federal Administration

The system of Crown agents has tremendously enhanced the Crown's legal position. Especially since the end of the last War, the legislator has regularly conferred the Crown's status on independent administrative agencies with widely varying purposes. The situation is further confused by the variety of terminology used to refer to entities, some of which are similar and others of which are not. We need only mention such phrases as "Crown agents," "Crown corporations," "public enterprises," "public corporations," "Crown agencies." All these bodies do not perform similar functions. Although they have a legal status which is often the same by being associated with the Crown, they are still too numerous, and this justifies a division to facilitate an understanding of the subject.

On a quite general level, the most widespread distinction is that based on the nature of the activities in question. Although we do not necessarily approve it, the distinction suggested by the Lambert Report (Royal Commission ..., 1979) between "independent decision-making and consultation bodies" and "Crown corporations" seems the most satisfactory.[20] The first grouping includes what are really "administrative agencies" in the fullest sense, since these are independent bodies exercising purely administrative functions (which does not preclude properly administrative decisions being made in accordance with rules and safeguards of a judicial nature), which connect them closely with the central Administration (such as the Canada Labour Relations Board or the Canadian Transport Commission). In the second, the industrial and commercial nature clearly predominates (such as Loto Canada or Via Rail). This distinction is very significant, because the association with the Crown's legal position does not have the same implications in both cases.

(a) Independent Administrative Agencies

In the traditional sense independent administrative agencies, as their name indicates, are independent bodies which have a separate status and exist to "perform functions of a purely administrative nature." They are for the most part what Garant has referred to as [TRANSLATION] "quasi-departmental bodies and government agencies" (1985: 93), but

20. This division continues to be significant although the Commission has placed under these two headings agencies which do not appear to fall within them or which should be in some other category. See, in particular, the comments of Gélinas, 1979: 545.

do not include public enterprises. In its Working Paper 25 (L.R.C.C., 1980), the Commission took a restrictive approach and was concerned primarily with bodies exercising quasi-judicial and regulatory authority. Despite all the ambivalence still surrounding the concept, in the final analysis it is custom and attitudes which give independent administrative agencies this restrictive meaning, since in fact the designation immediately calls to mind the Unemployment Insurance Commission, the National Energy Board, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, the Atomic Energy Control Board and many others (L.R.C.C., 1985: Appendix A). In essence, these bodies perform duties which are judicial or administrative (the granting function, regulation, policing and supervision), the purpose of the latter being the issuing of a benefit or a prescription.[21] Although the picture sometimes includes certain activities of an industrial or commercial nature, the category is still valid. These activities are usually a part of the Government, which seeks to confer a special scope and significance on them by making separate administrative authorities responsible for them. Even though the latter "seem to spring up everywhere" (L.R.C.C., 1980: 8), they are fundamentally similar for administrative purposes. Such bodies are generally associated with the legal status of the Crown and are often designated Crown agents. In matters of position and status they are an extension of the Crown, which enables them to enjoy a special pre-eminence and exercise a control or regulatory function which, in theory, should be exercised only by the Executive. Their purposes and status are therefore closely associated and give them a special nature reflected primarily in their administrative and budgetary independence.

This independence should not, however, obscure the important part these organizations play in the work of the executive branch. In some cases, they are even extensions of the central Government, which then exercises a controlling authority which has been called into use many times (Garant *et al.*, 1977: 466). The political importance of the powers conferred on them and their association with the Crown's legal position both show that they are in many respects part of the process of Government. Accordingly, any review of the privileges and immunities held by these organizations cannot be separated from a general analysis of the executive branch, and in particular of the federal Administration as a whole. A closer examination of their legal position also demonstrates the urgent necessity of seriously considering unification of the legal status of the federal Administration. By unification we mean the application of a uniform legal system of rights, privileges and immunities throughout the Administration for the purpose of consistency and clarification. Inconsistencies abound in the field of independent administrative agencies. For the same function, an agency may be a Crown agent or it may have no special status.[22] For example, an independent agency may in general not be regarded as

21. These are the functions which have been primarily considered by academic analysis, as can be seen from the text by Brown-John, 1981: 86 ff.

22. For example, section 10 of the *Farm Credit Act* provides that the Farm Credit Corporation is an agent of Her Majesty "for all purposes of this Act," except subection 18(2), which divests it of this status for the holding of certain sums of money. In other cases, the status of Crown agent is not even clearly stated, as in section 4 of the *National Housing Act*, which states that every right or obligation acquired or incurred by the National Housing Corporation under the Act is a right or obligation of Her Majesty. The possible link to the Crown would appear to limit the action of this Corporation, as the question of its status has not been settled. In a similar way, subsection 44(2) of the *Canadian National Railways Act* allows CN to exercise any procedural privileges of Her Majesty, even though this company is not an agent of the Crown.

an agent of Her Majesty, although its property "is deemed to belong to Her Majesty," and it also contracts on her behalf.[23] These disparities make the status of some organizations, or more generally, of many Administrations, especially complex, as can be seen from section 7 of the *Defence Production Act*:

> **7.** (1) Notwithstanding that a corporation is an agent of Her Majesty, the Minister may, on behalf of Her Majesty, enter into a contract under this Act with the corporation as if it were not an agent of Her Majesty.
>
> (2) The Minister may, with the approval of the Governor in Council, enter into a contract with a person authorizing that person to act, under the control and direction of the Minister, as an agent of Her Majesty, for any of the purposes for which the Minister is authorized to act on behalf of Her Majesty under this Act.

Whether dealing with independent agencies or with the rest of the Administration, we no longer really know where the Crown's legal status begins and ends. The situation becomes even more complex when special immunities become involved in this regime. There are many examples of this in the field of independent administrative agencies alone. Thus, the Northern Canada Power Commission, made an agent of Her Majesty by subsection 4(1) of its enabling Act, nonetheless benefits under section 26 and subsection 28(2) from a privilege excluding liability "by reason of its failure to supply any public utility." Similarly, the National Research Council of Canada, which also has the status of a Crown agent, can claim the following immunity under subsection 7(3) of its enabling Act:

> No action or other proceedings may be instituted against the National Research Council or any officer or employee of the Council in respect of any advice, information or report given or made in good faith under this Act or any other Act of the Parliament of Canada.[24]

As a further example, subsection 30(3) of the *Northern Pipeline Act* enacts a privilege excluding liability by the Minister and anyone acting on his orders in implementing any provision of the Act:

> The Minister or any person he directs, pursuant to subsection (1), to perform a term or condition or carry out an order or direction is not personally liable civilly or criminally in respect of any act or omission in the course of performing the relevant term or condition or carrying out the order or direction under that subsection unless it is shown that he did not act reasonably.

---

23. For examples of this type, see subsection 3(2) of the *St. Lawrence Seaway Authority Act*, which provides:
> Except as provided in section 9, the Authority is for all purposes an agent of Her Majesty in right of Canada and its powers under this Act may be exercised only as an agent of Her Majesty.

Similarly, subsection 25(2) of the *Fort-Falls Bridge Authority Act* states that:
> Notwithstanding subsection (1), the Authority is, for the sole purpose of entering into the agreement referred to in subsection 4(2), an agent of Her Majesty.

24. Subsection 7(3) of the *National Trade Mark and True Labelling Act*. See also the *Energy Supplies Emergency Act, 1979*, which authorizes the Energy Supplies Allocation Board to benefit from a similar immunity under subsection 9(7):
> The Board and its members are exempt from liability for any act or thing done or omitted by the Board in good faith in the exercise or purported exercise of a duty or power under this Act.

Although these sections make no reference to the Crown, the Administration thus benefits from various immunities which indeed seem extraordinary, even compared with the provisions applicable to the Crown under "the 1953 Act." The Administration or one of its employees may also benefit from a special status simply by means of a general reference. For example, section 22 of the *Canadian Wheat Board Act* authorizes the Board and its members, for the purposes of inquiries, to exercise all the powers provided for in Part I of the *Inquiries Act*.[25] A review of these provisions indicates that they may actually have available to them all the powers of a court of record in a civil proceeding, privileges that are considerable even though not part of the Crown's legal status. These examples show, therefore, that in many cases the Administration, without being associated with the Crown, can be in a better position than the latter in dealing with the claims of individuals. The question therefore arises as to the advisability of a substantive distinction between "the Administration as the Crown" and the Administration in another capacity, since this type of Administration benefits in various ways from a complex body of privileges and immunities.

This re-examination is all the more necessary in the field of independent agencies as, in some cases, the omissions of the legislator have not even made it possible to identify clearly and precisely the legal status of the organization in question. The courts have accordingly been obliged to fill in the sometimes deliberate omissions, and in so doing, develop a complex range of criteria for identification (Garant and Leclerc, 1979). For a service or an organization to have the status of a Crown agent, the court looks, among other things, at the nature of its activities, the controls to which it is subject, the status of its personnel and property, budgetary independence, methods of management and financing, the extent of certain supervisory and regulatory powers, *a posteriori* financial audits and so on. These criteria have been criticized by academic writers, who argue that they are not consistently applied and so lead to contradictory solutions (Lemieux, 1983). In any case, none of these criteria is sufficiently precise to allow a definite *a priori* classification of the organization in question. These uncertainties suggest that changes are desirable to ensure a minimum of stability and security in relations between the Administration and individuals.

The picture is even less clear when the status of a Crown agent is properly understood. This classification does not mean that the agent will benefit from all the Crown's immunities (Lemieux, 1983). Only the Crown is in a position to claim to be immortal ("The King never dies"),[26] as well as the special immunities associated with the exercise of the royal Prerogative. Additionally, "other immunities are rarely extended to a Crown

25. See also subsection 26(2) of the *Fishing and Recreational Harbours Act*, and subsection 110(2) of the *Unemployment Insurance Act* which both refer to the *Inquiries Act*.

26. Concerning this fictitious concept of perpetual existence and its origins (*imperium semper est*), see especially Kantorowicz, 1957: 273.

agent": non-prescription of rights, the rule of confidentiality and the rule that a budgetary authorization is necessary for an organization to be bound.[27] Even within the legal status of the Crown, therefore, there are differences which make it singularly complex.

Taking the concept of independent administrative agencies alone, the legal status of the federal Administration already begins to look like a Byzantine mosaic. When we look at public enterprises and their subsidiaries, this fragmentation takes on striking proportions.

(b) Public Enterprises

In contrast with the preceding category, the phrase "public enterprise" is much more meaningful in itself. In the economic sense, an enterprise is an organization for the production of goods or services for commercial purposes. It may take on a public aspect if the Government owns it or is the majority shareholder, even though it still has the corporate structure of private law. Often this status is only a matter of appearances, because if it is controlled or owned by the Crown the latter can then raise its privileges and immunities against third parties. Although in many cases the method of creation and operation of such enterprises falls within private law, the enterprise is nonetheless clothed with a public status because of the special nature of its owner.

Although the number of public enterprises has increased dramatically since the last War, interest in them is relatively recent.[28] It was not until March, 1976, that the Auditor General of Canada drew Parliament's attention to the financial management and control of Crown corporations. In 1977, the Treasury Board Secretariat tabled with the Public Accounts Committee an allegedly exhaustive list of these public corporations.[29] In that same year, the Privy Council Office published an important report on Crown corporations (Privy Council Office, 1977), which contained as its principal recommendation a Bill on "the control, direction and accountability of Crown corporations." On the same lines, the Government, in November, 1976, created by Order in Council a Royal Commission on Financial Management and Accountability, which tabled its final report, the "Lambert Report" in 1979.[30] Without suggesting a Bill as such, the report contained many recommendations focusing on control and accountability. Finally, several studies have attempted to fill the gap by imposing a further degree of rationalization on this complex area.[31]

---

27. Lemieux, 1983. This is confirmed by Robinson, 1925: 16, who suggests that an agent of the Crown must be directly associated with the latter in order to claim all its immunities "... so that it may be regarded as having emanated from the Crown in a similar manner to the great Departments of State."

28. As Garant observes, [TRANSLATION] "the law of public enterprises in Canada and Québec is a branch of economic public law which is still being defined. An awareness of the extent and complexity of the legal problems presented by this somewhat diffuse network of public or mixed institutions is very recent" (1984a: 296).

29. This list is updated. One of the most recent is dated December, 1983 (Treasury Board of Canada, 1984).

30. For various reactions to this report, see (1979), 22 No. 4 of *A.P.C.*, 511-580.

31. See, in particular, two digests: Institut de recherches politiques, 1981; British Institute, 1970. See also: Ashley and Smails, 1965; Gélinas, 1978. For articles, see: Barbe, 1966-68; Langford, 1980.

With the adoption in June, 1984, of the *Act to amend the Financial Administration Act in relation to Crown corporations* (Bill C-24), Parliament finally gave expression to the concerns raised regarding the management and control of public enterprises, although not without some hesitation as can be seen from the ill-fated Bills C-27 in 1979, C-123 in 1982 and C-153 in 1983. By substituting the concepts of "Crown corporation" and "departmental corporation" for the threefold distinction so vigorously opposed in the Lambert Report (Royal Commission ..., 1979: 321) (the *Financial Administration Act* had previously distinguished among "departmental corporations," "agency corporations" and "proprietary corporations"[32]), the legislator has undoubtedly made some progress. The concept of *société d'État* will be used from now on to designate what is referred to in English as a "Crown corporation." By reference to this concept of a Crown corporation, it is made clear that *sociétés d'État* are corporate entities engaged on the Government's behalf in activities of an industrial and commercial nature, which corresponds closely to *entreprises publiques* ["public enterprises"]. As early as 1977 the Privy Council report stated that "when the term Crown corporation is used, the corporations which most often spring to mind are those which provide goods or services directly to the public on a commercial or a quasi-commercial basis" (Privy Council, 1977: 14). Although the purposes of these corporations sometimes go beyond commercial activity, they are nonetheless distinguished chiefly by their "business" aspect (Hodgetts, 1970).

Associated with the concept of a "Crown corporation" is that of a "departmental corporation," which still is subject to some confusion, since it is defined chiefly by reference to Schedule B of the *Financial Administration Act*. It appears that by "departmental corporation" the legislator means a category distinguished primarily by the way in which it is created (its corporate form). However, "Crown corporations" also have a corporate structure. All ambiguity could have been removed by the adoption of a material definition which would take in, under one category, organizations having a similar nature and function. This type of definition already exists in embryo in recent amendments, since the new subsection 2.1(1) of the *Act to amend the Financial Administration Act in relation to Crown corporations* provides that "[t]he Governor in Council may, by order, ... add to Schedule B the name of any corporation established by an Act of Parliament that performs administrative, research, supervisory, advisory or regulatory functions of a governmental nature." This provision is worth noting, since it refers clearly to functions of a purely administrative kind, suggesting what is meant by "independent administrative agencies." We may therefore conclude that by *société d'État*, Parliament is referring to Crown corporations engaged in industrial and commercial activities (public enterprises), and by "departmental corporations" it means Crown corporations exercising purely administrative functions. If the latter category includes independent administrative agencies, it only partly covers this concept, since such entities are not all corporate in structure. Essentially, the legislator is making a distinction between commercial and industrial entities on the one hand and administrative ones on the other.

---

32. Subsection 66(1) of the *Financial Administration Act* states that:
"Crown corporation" means a corporation that is ultimately accountable, through a Minister, to Parliament for the conduct of its affairs, and includes the corporations named in Schedule B, Schedule C and Schedule D; ...
This list is included as an appendix to the Privy Council report.

For the purposes of this Working Paper, these problems of clarification are indicative of the nature of the ideas prevailing at this time. By omitting to impose a more systematic arrangement on the various classes of public organizations, Parliament has indicated that it is concerned essentially with problems of control and management.[33] The question of the legal status of these organizations is completely overlooked, since a re-examination of that status cannot really be undertaken without some attempt at classification. More importantly, none of the reports or documents cited above discusses the consequences attaching to this exceptional status which results from the legal position of the Crown; yet this is the most important problem of substance in the entire subject, and studies dealing with it are still few in number (Griffith, 1951-52; Kirsch, 1984). The problem is even more complicated as subsidiaries have the effect of extending the ramifications of the Crown's legal position still further.

By placing its emphasis on parliamentary and ministerial supervision of these agencies, the Government has taken their association with the legal status of the Crown for granted. With the recent amendments made to the *Financial Administration Act*, this subsidiary relationship becomes even more apparent, since the Act now defines the Crown (in section 85) as "Her Majesty in right of Canada or any agent of Her Majesty in right of Canada and includes a Crown corporation and a departmental corporation" (*Act to amend the Financial Administration Act in relation to Crown corporations*, s. 10). Even though it applies only to Part X of the Act, a definition of this kind reinforces the arguments we have made in this Working Paper by indicating clearly that a large part of the federal Administration is concealed behind the concept of the Crown. In the specific case of public enterprises, the special status that results thus appears even less open to question, since there is a regular and systematic interconnection between such corporations and the public interest. The Privy Council report stated that "the utility and value of Crown corporations in the pursuit of public policy objectives is not at issue" (Privy Council, 1977: 13). It also spoke of effective and viable management in the public interest, which in itself is a desirable objective, but which does show also how far one can go in attempting to justify the existence and status of these very varied organizations by notions of the general or public interest. The now discontinued Bill C-27 provided that all Crown corporations were equal in their status as instruments "for the furtherance of the national interests of Canada" (section 8); yet many of them are engaged in activities which are unquestionably industrial and commercial in nature and do not necessarily warrant having the special privileges of the Crown.[34]

---

33. This is the point on which academic analysts are most at variance, as can be seen in the studies of McLeod, 1980: 142 and Thomas, 1979.

34. For example, the Crown Assets Disposal Corporation, made an agent of Her Majesty by subsection 6(3) of its enabling Act (*Surplus Crown Assets Act*), also benefits in subsection 7(10) from a privilege excluding liability through a reference to its staff:

> No director and no person acting for, on behalf of, or under the authority of the Board or a director is liable to any person for any act or omission that the director or person acting in good faith reasonably believed to have been required or authorized by or pursuant to this Act.

It should be noted that certain writers have begun to question the privileges and immunities conferred on public enterprises. Thus, Lemieux wonders about the advisability [TRANSLATION] "of preserving the status of public enterprises as Crown agents, especially as the standards formulated by the courts seem to be very inadequate." He goes on to say that [TRANSLATION] "it may be time to examine the merits not only of the actual legal status of public enterprises but the value of the Crown immunities affecting them as well" (1984: 432).

This has two consequences for the direction of our future research. First, it appears unlikely that the question of the status of public enterprises and other independent bodies can be resolved separately. It will only be by a thorough examination of the legal status of the Administration as a whole that the legal position of public enterprises can be given, from a critical reappraisal. Second, it suggests that the references ostensibly made to the general interest mean that a re-examination of the privileges and immunities enjoyed by the federal Administration will always be obstructed by factors that are more difficult to rationalize. Some consideration should now be given to this subjectivity surrounding the Crown and the Administration as a whole. The limits of this analysis and its purposes may not be understood unless certain irrational factors and conceptual difficulties are clarified at the outset.

II. Continuing Misconceptions

In our initial review of the considerations which fundamentally affect the legal status of the federal Administration, we merely noted the scope and significance of the Crown. On the other hand, there is nothing that defines the exact nature of this entity for the purposes of this analysis. In administrative law, the true nature of this concept and its function do not appear to have been satisfactorily explained. Accordingly, there are still too many areas of uncertainty and some preliminary analysis appears necessary.

In the modern administrative law context, the function and significance of an institution such as the Crown raise many questions. How much importance has it when it appears to be in a process of decline? Some movement in the direction of making it subject to the ordinary law would seem to indicate that the extraordinary nature of the law applicable to the Crown is continually being reduced in favour of a legal status of the same kind as that enjoyed by individuals. There would seem to be many indications that this institution is not well suited to the circumstances of our time. This creates the paradox of an appearance of decline and the considerable expansion of the administrative function.

However, these appearances are misleading since the Crown still represents a collection of powers and privileges which are of surprising relevance, whatever their historical vicissitudes. In actuality, the many doubts that still exist as to the rights and powers of this institution only reflect our uneasiness, and undoubtedly our fear as well, about formulating a modern and consistent legal status for the Administration. Is not the principal problem that of defining the nature of these privileges and identifying their principal beneficiaries? Is an attempt to throw light on the subject not a means of ensuring an enlightened choice among alternatives? The importance of understanding the issues which have been more or less obscured by the existing confusion is thus readily apparent.

In large part, these difficulties originate in the ambiguous relationship existing between the Crown and the Administration. To the extent that, as we have seen, the Crown is a vast and complex entity covering a part of the Administration, any analysis of the status

of the latter thus depends in part on the considerations affecting that of the former. This does not mean that the Administration cannot have characteristics that apply to it alone. It simply means that, in determining the direction of this research, one must recognize the decisive importance of the Crown, bearing in mind that this institution has developed in a separate and independent way which is capable of distorting any conclusion regarding the Administration. Conversely, the association which has been a matter of history up to the present time is largely artificial, inasmuch as these two entities, the Crown and the Administration, are quite different in nature. Reference to the Crown alone may thus lead the discussion astray.

A. Terminological Confusion

Any study pertaining to the Crown first encounters a problem of terminology. This is a very real obstacle, since it is often difficult to determine the contemporary meaning of the word "Crown." Is it a separate legal entity which cannot be reconciled with other concepts, or on the contrary, should it be regarded as a somewhat outmoded expression of a power recognized as existing within the State? There is clearly some uncertainty as to the exact meaning of this concept, and it can be seen in official documents and in academic commentary. There does not appear to be any unanimity as to the real meaning of the word.

1. Uncertainty As to the True Identity of the Crown

The various Canadian legislatures have not defined the word "Crown" in the same way, regarding it as an everyday word which does not in itself have a full legal meaning.[35] One British writer notes that "[i]t is not ... a technical term of precise signification" (Jennings, 1976: 220). It is in fact a general expression to designate what is, by common consent, properly referred to as "Her Majesty in her executive capacity." This direct reference to the Head of State has been observed in many statutes, those of the federal Parliament, British Columbia (*Crown Proceeding Act*, s. 7) and Alberta (*Proceedings Against the Crown Act*, s. 12) in particular. In Saskatchewan (*The Proceedings against the Crown Act*, s. 14) and Manitoba (*The Proceedings Against the Crown Act*, s. 13), on the other hand, the Crown may be designated as the Government of the province in question. In New Brunswick, it represents simply "the Province of New Brunswick," which thus gives it a very wide application (*Proceedings Against the Crown Act*, s. 11).

35. Hogg, 1977: 164. See also Mundell, 1961: 149. In another article, Mundell appears to advocate even more categorically abandoning the expression "Crown" and all the esoteric terminology that flows from it: "As Maitland pointed out many years ago the use of the term Crown leads to confusion. As he says, the Crown does nothing but lie in the Tower of London to be gazed at by sightseers and has no legal existence. The use of the term tends to obscure the fact that the sovereign is a person for legal purposes" (1960: 57). On these problems of terminology, see also Marshall, 1971: 17.

A similar discrepancy exists in theoretical analysis. Writers such as Garant have indicated their desire for a complete break with this practice, referring to the Executive or the Government (1972; Lieberman, 1975). The British Columbia Law Reform Commission has not hesitated to say, in agreement with Lord Diplock (*Ranaweera* v. *Ramachandran*, [1970] A.C. 962: 973) and Laski,[36] that "the 'Crown' is really synonymous with the 'government' " (1972: 9). Garner, on the other hand, gives it a wider meaning when he says that "[t]he Crown ... means ... 'the administration,' rather than the person of the sovereign, and certainly not the Government for the time being in power" (1979: 300). For Jennings, "the tendency is to use the word 'Crown' in relation to acts which are done by some public authority, but ascribed to the Queen because the power so to act is legally vested in her" (1976: 221). Foulkes considers that "the Crown ... represents the sum total of powers of central government .... 'The Crown' gives in that sense a legal unity to those powers" (1982: 11). In a more general sense, Laskin considers that "the Crown in one or other of its Canadian aspects personifies the state" (1969: 117-119). In *Labrecque*, Beetz J. adopts, relying on Griffith and Street (1973: 246), the idea that the Crown personifies the State. Taking a similar view, Hogg observes that "the state or the government could as well be used instead of the Crown" (1977: 164). These examples of discrepancies could easily be multiplied and even extended, since in a more purely political sense and in keeping with tradition, the Crown also symbolizes the nation.[37] In a strictly institutional sense, nonetheless, the State, the Government and the Administration represent distinct entities which cannot be confused.

Does the Crown after all represent a specific function or organization within the State?[38] Its ever changing nature seems to defy any such suggestion, since the Crown is clearly the State, the Head of State (Mallory, 1968), the Executive, the Government, the Administration and the machinery of justice derived from the Crown. In a more abstract sense, it is the embodiment of State sovereignty in countries with a British tradition. It sometimes provokes mistrust, even hostility, as the term refers too obviously to royal privilege. It was in fact associated in the last century with arbitrary action by the Administration, and some liberal opinion therefore called for its rights and privileges to be limited in order to ensure the supremacy of Parliament, as a means of safeguarding the freedoms of individuals.

Without wishing to misinterpret this multiple nature, we must recognize that the Crown is primarily an institution symbolizing two aspects of the State, the Monarch and the Executive. The privileges and immunities pertaining directly to the person of the Monarch are outside the scope of this Working Paper. So far as the Executive is concerned, the fact that it takes in both the Government and the Administration does not mean that

---

36. According to the well-known remark of this writer, "Crown in fact means government, and government means those innumerable officials who collect our taxes and grant us patents and inspect our drains" (Laski, 1919 *in fine*).

37. "The Queen personifies the State and the nation, their history and continuity" (de Smith, 1981: 119). On the meaning of the saying *Pro Rege et Patria*, see Kantorowicz, 1957: 259.

38. "To the ordinary citizen it does not matter whether or not the public authority with whom he deals is or is not regarded in law as 'the Crown.' To him it is simply 'the government' or the administrator" (Mitchell, 1964: 222).

the Crown can be associated exclusively with either of these terms. The institutional aspect gives way here to a more functional meaning, with the Crown as primarily an expression of the executive function. However, the organic aspect is still important since, in referring to the domain and property of the Crown, one is in any case speaking of an artificial person under public law. In the field of contract the same is true, since contracts are concluded on behalf of Her Majesty. The organic aspect is not sufficient to explain the basis of the privileges and immunities exercised by the Administration through its connection with the legal position of the Crown. For the purposes of administrative law, therefore, the Crown does not have an essentially organic or institutional meaning, suggesting the existence of a dualist nature.

2. Toward a Distinctive Meaning for Administrative Law

Even before it is an organ or a function, the Crown is the manifestation of a legal system rooted in the past. It represents the historical residue of the powers and privileges formerly held by the Monarch personally. Although technically correct, this statement does not entirely account for the contemporary significance of these powers and privileges. They are the result of a notion of special pre-eminence expressed only in part by a simple reference to the Monarchy. The concept of the Crown represents powers, special attributes, chiefly associated with the executive branch. It is this idea of a distinct difference which underlies the statements made by Blackstone, in particular where he says that the royal Prerogative "must be in its nature singular and eccentrical; that it can only be applied to those rights and capacities which the King enjoys alone, in contradiction to others, ..." (1829: 239). Considering their specific activities in comparison with activities in the private sector, the State, and more precisely the Executive, appear to be provided with separate and distinct powers of a higher order, which is well expressed by the phrase "royal Prerogative." In a way, it is an *Imperium* of the "public authority" type (*puissance publique*) (Rousset, 1960), which can easily become undesirable if it is given an overly exclusive or authoritarian interpretation. Although the Crown is still imbued with this idea of the *Imperium*,[39] it is not enough in the present day simply to refer to the idea of an immanent power. In a simpler form, more in keeping with the aspirations of our time, the legal status of the Crown means ascribing to the Government and to a part of the Administration, for purported reasons of public utility, a power which was originally unlimited and outside the ordinary law. This power remains untrammelled and absolute until it has been limited, reformulated or simply abolished by Parliament.

This reference to the idea of powers and legal status in order to define the Crown clearly can only give a partial view of the situation. In terms of constitutional law, the Crown is a genuine institution, which first of all embodies the Head of State, and then is the expression of the acknowledged authority of the Executive. In terms of administrative law, on the other hand, the Crown has more the appearance of a power, or more

39. The concept of *Imperium*, derived from ancient Rome, was adopted by many medieval jurists to strengthen the authority of the Monarch. In the Roman sense, it represents the power of commanding the armed forces exercised by the Emperor. It expresses the idea of absolute authority based on the position of supreme military commander with a monopoly on the powers of constraint.

precisely, a legal regime. In order to justify certain capacities of the Executive which rest on no enabling legislation, the Crown is clearly a power the basis for which is constitutional custom. On the other hand, so far as privileges and immunities in relation to judicial review are concerned, it is clearly a legal regime which primarily benefits the Administration. For the purposes of administrative law, the Crown represents, first and foremost, an extraordinary public law regime, which exists for the purpose of recognizing exceptions benefiting many administrative functions. The question of whether the legal status of the Crown applies is a subjective one. Such recognition depends in large part on the intent of the legislative drafter. In this sense, the legal position of the Crown does not represent a series of rights and obligations of a wholly different nature from those which may be met with in private law. Not only is the special nature of such a legal entity not dependent on the field in which it applies, but in addition, it is the expression of rights and procedures which are not necessarily different from the ordinary law. For example, the tortious liability of the Crown in right of Canada is modelled largely on the rules of the ordinary law, which makes the special nature of this area of the law somewhat relative. This rather artificial aspect is all the more apparent as British public law has not evolved in the direction of creating specific rules governing equally specific situations. As the common law has had a preponderant effect, the definition of a separate public law status cannot be undertaken without reference to arbitrary factors (historical evolution, monarchical ideas) which do not lend themselves to a rational presentation of the subject. The special status allowed the Crown is especially difficult to comprehend, as the privileges and immunities pertaining to that entity are an integral part of the common law, which rejects any distinction between public and private law. The rules applicable to the Crown, taken in isolation, nonetheless constitute a special public law status. In fact, they represent the beginnings of a separate body of administrative law applicable to a large part of the Administration.

Recent trends in English law reinforce an analysis of this kind. The House of Lords has not hesitated to make a clear distinction between public and private law for the purposes of judicial review of the Administration. In particular, it has held that in order to challenge decisions of a quasi-judicial nature, the ordinary remedies of private law could not be used in place of the special remedies for judicial supervision of the Administration (*O'Reilly* v. *Mackman*, [1983] 2 C.A. 237). Commenting on the scope of this decision, a British writer recently noted that:

> [The] English Law had arrived at the point of establishing a distinct body of public law. The demolition of Diceyan doctrine has by now been complete, and there seems little reason to revive it in putting the system of contemporary public law on a more modern basis. (Blom-Cooper, 1983: 216)

This recognition of an independent body of public law makes the existence of two legal systems applicable to the Administration, one of private and the other of public law, more readily acceptable. By their link to the Crown, some administrative activities claim a special primacy over individuals, which only confirms the importance of public law in this area. In this sense, the special rules resulting from the exceptional status of the Crown confer a separate public law status on government bodies which benefit from them. Does this public law, or more accurately administrative law, at present rest on any

specific criterion or fundamental concept? It seems unlikely, as the exercise of "governmental" functions is hardly sufficient justification for this separate status, insofar as such activities are closely associated with other functions of the Administration, which in theory remain subject to private law. It is difficult to formulate a consistent classification: it is not so much the nature of the activity which justifies its being linked with the Crown as the desire to confer on it a special position in order to attain certain ends of general significance — at least in theory, for in practice, acquisition of the Crown's legal status has been prompted primarily by a desire to strengthen the Administration's position in areas where national interests seem paramount. This approach is in fact not a new one, since in the thirteenth century the English Administration took care to solidify its powers by basing its own authority on that of the King.[40]

"The Administration which is not the Crown" also does not constitute a homogeneous body of functions. It is often governed by special legislative provisions which, as we have seen, confer many special immunities on it. The justification for a dualist system for these two components of the federal Administration is thus uncertain in the present state of the law, as both depart from the general rules of the ordinary law in varying degrees. From a reform standpoint, the Commission feels it would be simpler and more logical to make them subject to the same legal system. The first to benefit from such a change would be the Administration, which would now be subject to a coherent system. The position of individuals would also be improved, if this reassessment tended to create a better balance between competing interests.

B. Obfuscating Contemporary Reality

Given the considerable progress, in the last twenty years, of systematic analysis of Canadian public law, it may seem surprising that there is no work of general analysis on the Crown. This concept is closely connected with the exercise of the executive function.[41] The deficiency is all the more surprising because the Executive is now of such major political and legal significance in contemporary States. Nonetheless, through its historical and political tradition, the nature of its economy and the increasing importance of the State, Canada is undergoing a process of development comparable to that of other Western

---

40. "Before the date of Henry III's death, there was an administrative machine, not only working in the King's interests, but also, as becomes a true bureaucracy, anxious to increase the sphere of its own activities and the amount of its fees. For this purpose it was using the King's power" (Ehrlich, 1921: 20).

41. [TRANSLATION] "Legal literature on the very bases of our public law is relatively limited. There are not many writers who have dealt with the legal status of the governmental administration, the Crown in its executive capacity ..." (Garant, 1985: 26). There are not many comprehensive works on the Crown. The text by MacKinnon (1977) is general in nature and primarily emphasizes the function of Head of State. However, there are a number of studies on particular privileges, especially in the area of tortious liability. See: Immarigeon, 1965; Ouellette, 1965; Hogg, 1971; Levy, 1957. For a recent summary, see Law, 1982.

nations. This growing importance of the Executive, although slow to be reflected in legislation, has developed *de facto* nonetheless. In this sense, several writers have noted a general trend towards a disequilibrium of powers favouring the Government, even though Parliament remains theoretically sovereign, leading them to refer to the "primacy of the Executive."[42] If the legal position of the Crown is in fact one of the tangible results of this primacy, how can the relative absence of studies on the subject be explained?

1. The Absence of Doctrine

There seem to be two main reasons for the attitude of academic analysts. The first concerns the federal structure of Canada. As a general rule, the study of federalism and the division of powers seems to absorb all their attention, at the expense of a comparable analysis of the various parts of the machinery of Government.[43] Certainly, to the extent that the special nature of the Canadian political system is due to federalism, it is to be expected that the evolution of Canadian public law will be different from that of unitary States. However, the long and complex exegesis in sections 91 and 92 of *The Constitution Act, 1867* reflects a particular awareness of the problems connected with the organization and functioning of federalism. Against this background, it is understandable that the study of the Executive should be somewhat neglected.[44] However, this explanation is only partly correct, since many writers are fully aware of the functioning of this institution, the British, United States and French examples being well known to them.

The second reason concerns the way in which *The Constitution Act, 1867* is drafted. It says nothing about the Government as such, so much so that one has the impression that this institution does not exist in Canadian public law. The only reference is in section 9, which states that executive authority is vested in the Queen.[45] Similarly, it is amazing to discover that the Constitution still says nothing about the office of Prime Minister, when it is well known that this office is the focal point of the institutional structure. Despite certain implicit references made in describing some of the responsibilities assigned to the Queen and the Governor General, a constitutional text of this kind is a poor reflection of the importance and complexity of the Executive in contemporary law. These deficiencies create problems even though Canada relies, for the unwritten parts of its Constitution, on the public law rules of England (Preamble of *The Constitution Act, 1867*), which does not have a written constitution (Jennings, 1976: 33). Unlike countries

---

42. Hurtubise, 1966 emphasizes the effective supremacy of the Executive in the operation of institutions. See also: Desjardins, 1966; Ganshof Van Der Meersch and Somerhausen, 1966. See also Lemieux, 1962.

43. In his text on constitutional law, Laskin, 1975 does not discuss the Government or the Executive. Similarly, see Barbeau, 1974; Chevrette and Marx, 1982. In a recent text, Tremblay does not break with this tradition, limiting his discussion of the Executive to the separation of powers and the rule of law (1982: 44, 75). The text by Brun and Tremblay, 1982 also focuses on the separation of powers. Hogg, 1977 is an exception to this, however; in his text, he devotes two chapters to the Government and the Crown.

44. The desire to correct these defects has recently been especially apparent in administrative law. See, in particular, the discussions by Dussault and Borgeat on the structures of the Administration (1984: 61 ff.).

45. That provision is completed by section 11 which states: "There shall be a Council to aid and advise in the Government of Canada, to be styled the Queen's Privy Council for Canada; ..."

such as the United States and the Federal Republic of Germany, which have a written constitution containing in theory an express statement of the essential provisions, Canada in keeping with its British tradition, has never clearly specified the respective powers of Parliament and the other parts of the machinery of Government. However, constitutional custom and the unwritten rules of the common law cannot wholly compensate for the deficiency. The result has been great uncertainty and confusion as to the legal status of the executive branch, and its powers and immunities have been given over to judicial interpretation which has not erred on the side of clarity. Practical difficulties exist, therefore, in the way of any attempt at a clear and consistent study of the legal status of the Crown and the Administration.

2. The Existence of Subjective Factors

To these obstacles resulting from the nature of the institutional structure must be added considerations that are more a consequence of subjective notions and the socio-political situation. A period of intense liberalism has led, in many countries with British traditions, to a misunderstanding of the notion of State, especially of the administrative and executive functions. This can be seen from the way in which the principles of public law have been taught, since this aspect has been neglected in favour of discussion of the rule of law and the separation of powers. Many writers have been influenced by the Diceyan tradition in public law, so that the Administration and the Executive have all too often been stigmatized. Although Dicey's ideas are no longer accepted by most academic opinion, their influence continues to be felt, as there are so few resolutely modern studies of the executive branch.

While this defect is partly due to the ideological context, more specifically psychological obstacles are also at work. The term "Crown" has a special dimension, the implications of which go well beyond simple attachment to the Monarchy. This term has in itself the effect of a ritual incantation that elevates what is merely an institution to an ethereal plane. The prestige and glamour of the Monarchy inevitably carry over to the Executive, which also becomes a distinct and superior species. It thus acquires an ideological pre-eminence not possible with simple use of the words "Government" and "Executive." Although it cannot be said to have a decisive effect, this irrational dimension of the Crown interferes with calm, pragmatic analysis of its privileges and immunities. Without going as far as to create a sense of awe for a transcendental reality, the term may take on a mythical aura that can be an obstacle to change. This problem has been noted by Mitchell, who mentions that the words "Crown" and "prerogatives" have a feudal ring, the mystical nature of which conceals simple rules, and the real meaning of the latter cannot be directly understood (1964: 223).

The other effect of the word "Crown," just as powerful as the first, is its capacity to obscure what may properly be referred to as the unspoken. What is passed over in silence is just as significant as what is said. Any reference to the Crown, or to its prerogatives and privileges, is a convenient means of drawing a veil over the executive branch, in particular its day-to-day operation. The Administration thus derives a clear

advantage by withdrawing the purely administrative aspect of its activities from view and substituting for it formulas not always fully understood by the ordinary citizen. In some cases this doubt is quite real, since some privileges, forgotten or apparently fallen into disuse, may inconveniently reappear without warning. Such a confusion would be bad enough if citizens were fully aware that they only had an administrative act to deal with. With the Crown, on the other hand, they are confronted with a supra-legal entity to which, for historical reasons, exceptional rules apply based on an overly authoritarian view of the relations between the State and the individual. In this connection, it is worth examining the example of French administrative law, where the term *puissance publique*, an entity similar to that of the Crown, has long been used in a metaphysical sense which has to some extent discredited it (Vedel and Delvolvé, 1982: 65).

The fact that the Government, the Administration, can benefit from a system separate from that of individuals was due, in Victorian England, to a direct reference to the Monarchy, while in France at the same period, reference was made to the idea of the inherent power of the State to command. At the present time, concepts of public or community interest actually account for this exceptional system of law, which places the debate on a completely different level by eliminating any reference to a metaphysical pre-eminence of the State in any form. At this preliminary stage, the Commission considers that it is no longer possible to justify exceptional provisions for the Crown by the idea of an immanent authority or regal privilege. Changes in terminology would assist greatly in changing attitudes. Expressions such as "the Crown," "royal Prerogative" and "privilege" are quite revealing as linguistic phenomena, since they refer to the idea of innate rights and advantages as a consequence of birth or position.[46] Referring simply to the powers and immunities of the Executive and the Administration would facilitate a calmer appraisal of the situation, to some degree removing the ambiguity surrounding the reasons for this exceptional position.[47] From a unitary standpoint, the Commission now intends to adopt the idea of the federal Administration as a guiding principle. Nevertheless, we will continue in this Paper to refer to the concept of the Crown from time to time, when this proves to be necessary for reasons of clarity.

III. Conclusion

This initial discussion of the legal status of the federal Administration is not intended as a complete and exhaustive presentation of the situation; rather, it attempts to make a critical assessment as a means of directing attention to the shortcomings of the existing

46. The origin of the term "privilege" is the Latin phrase, *Privata lex*, which means a special system of law applicable to private interests.

47. See, to this effect, Markesinis, 1973, who condemns the use of several expressions with reference to the Monarchy. Moreover, this wish for a renewal leads him to define the royal Prerogative without reference to the Crown: "The prerogative is the residue of executive powers, immunities or other attributes which the government possesses without the authority of an Act of Parliament, but which can be withdrawn - expressly or impliedly - by Parliament" (*Id.*: 309). No doubt, new points of view are presented in the direct summoning of the autonomous powers of the Government or the Executive.

system. As can be seen, the principal defects are connected with the absence of a modern and coherent status. The confusion surrounding the concept of the Crown is largely responsible for this failure to adapt to contemporary circumstances. This concept derives from a logic which no longer corresponds to matters of fact and law affecting the status of any modern Administration. It is therefore only one factor, although the most important one, which must be considered in deciding on a new approach. Not only can modernization of the present status of the federal Administration not be limited to the position of the Crown, but in addition, this concept appears to constitute an obstacle by introducing an artificial distinction within that Administration.

This finding is the basis for the Commission's position on a major point. For greater clarity and simplicity, all future reforms we shall make will embrace the entire federal Administration, which will now be treated as a coherent whole. It will now be necessary to think of "the Administration" within a new theoretical framework. We believe it is eminently desirable, for both the public and for governmental bodies themselves, that the federal Administration should be subject to a unitary system.

Although we know more about what the future status of the federal Administration might be, our task is only half complete. At this stage, we still do not know exactly what the nature of this change will be. From a unitary standpoint, the federal Administration could just as well be subject to the rules of private law as to a special system of public law. A methodology of change is therefore necessary.

CHAPTER TWO

Toward a Methodology of Change

In the Continental systems of administrative law (for example, France, Belgium, Italy, the Federal Republic of Germany, the Netherlands), the special nature of the rules applicable to the Administration is taken for granted. History, attitudes and the weight of administrative tradition partly explain the existence of a separate system of law and the presence of mixed or separate jurisdictions. In countries having a British tradition the situation appears to be the reverse, as it is felt that the Administration should not benefit from legal regimes different from those applicable to individuals. Nevertheless, the privileges and immunities of the Crown constitute an exceptional legal system benefitting the Administration. The privileges and immunities found to be associated with the Crown are often comparable to those on the Continent; sometimes, indeed, the Canadian and British Administrations are in a better position than the French Administration. In questions of tortious liability, for example, the federal Administration can lay claim to a complex system of complete or partial immunities. Similarly, the privilege exempting the Crown from application of the laws has no equivalent in continental Europe. There is thus a considerable disparity between theory and practice, which has frustrated the hopes and desires of many generations of Canadian and British lawyers. The complete subjection of the Administration to the rule of law in the broad sense, and even more so, to the general rules of the ordinary law, thus continues to be hypothetical despite efforts made in this direction.

For the purposes of this analysis, the general direction of British and French administrative law seems open to question in several respects. Just as it is an exaggeration to say that the Administration is so distinct and different from the rest of society that it must necessarily enjoy special privileges and a completely separate system of law, it is equally an oversimplification, or even misleading, to say that there is nothing that distinguishes the Administration from the rest of society. To date, even in English-speaking countries, the burden of proof has always been in favour of the Administration, and its privileges have been taken for granted. Adopting a more critical stance, it is worth considering whether this presumption can be reversed and worth determining whether a special, separate system is justified. Such an examination of the special factors affecting the administrative structure should be reconciled with the need to provide more adequate protection for individuals.

For the purposes of a critical assessment, a methodology of change must be formulated embodying a minimum of rationality. The most rigorous and undoubtedly the most unbiased method is to use the objective description of facts. Since, in considering legal

mechanisms, the law traditionally identifies the parties concerned and then analyses their mutual relationships, why not do the same by starting with the fact that the Administration is a relational entity? Its legal status appears to be largely dependent on the nature of the relationships that exist between governmental bodies and private individuals. The first result of this finding of fact, therefore, is that we are led to review whatever is likely to enhance the position of individuals in relation to the State (Section I: *Conditions Favourable to Strengthening Rights of Individuals*), and secondly, to proceed to reconcile them with the intrinsic and special needs of the Administration (Section II: *The Special Nature of Administrative Action*). Only through an analysis of this kind will it be possible to understand the type of right or privilege which should be enjoyed by each of the parties concerned.

I. Conditions Favourable to Strengthening Rights of Individuals

Public law has been overly prone to rely on the existence of a relationship of inequality between the State and the individual. Like the relations which existed between the Monarch and his subjects in medieval society, modern law is largely based on the idea that the State is intrinsically superior to the individual. Even in our time, the phrase "subject of the Crown" still tends to be used as if the Monarch personally enjoyed the *dominatio* (right of suzerainty and ownership over the property and persons of his subjects). This idea of absolute dominion over individuals is also confused with that of sovereignty (the *dominium* of the Later Roman Empire).[48] Although this power is not without limit as it formerly was, it still appears to be the basis of the primacy of the State. Theocratic arguments now tend to be replaced by ideas of public order or general interest, giving the State a special pre-eminence over its "subjects of law."

Nonetheless, despite this long tradition, the direction taken by contemporary law is casting serious doubts on this type of relationship. The general theme of rights of individuals in opposition to the State is now attracting greater interest. The adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has made it necessary to re-examine the nature of the rights enjoyed by individuals in connection with governmental and administrative action. The need to make the legal status of the Administration consistent with these requirements seems all the more urgent, since the question of the rights of individuals has now become a central concern of administrative law. This area of the law is currently

48. In the Later Roman Empire, there was a transition from the "principate" to the "dominate," with the Emperor ceasing to be the first magistrate in a system which had preserved the external republican forms, and becoming the Prince of a centralized and theocratic State on the oriental model. In such a system, individuals were only "subjects," not "citizens," as the latter term implies rights of a political nature. With the passage of time it can be seen that, in a constitutional Monarchy of the British type, the abstract principle of sovereignty is still confused with the Crown, giving rise to certain ambiguities in legal relations between the Monarch and individuals subject to his authority, which are closely bound up with the weight of historical tradition.

going through an important process of development, attempting to foster the attachment of rights directly to individuals through legislative reform, rather than limiting itself to its traditional concern with judicial review. In order to promote such reform, administrative law must demonstrate an ability to innovate and to adopt new ideas. Analysis of the effect of civil liberties on relations between the Administration and individuals is a good example of this (see Bradley, 1983; Lyon, 1983). It is therefore necessary to widen the discussion and assess the meaning of the varying and somewhat heterogeneous factors affecting the rights of individuals. For the purposes of this Paper, we will consider the requirements of the rule of law, the recent evolution of civil liberties in Canada, the position of individuals in relation to the Administration and the attitude of the courts toward the privileges of the Crown.

A. Contemporary Requirements of the Rule of Law

Despite the definite trend toward strengthening the executive branch, administrative action remains subject to the rule of law. In its classic and liberal sense, this rule states the theoretical monopoly of Parliament and the courts of the power to make binding decisions affecting the rights of individuals. In a more modern sense relating to administrative law, [TRANSLATION] "the rule of law, which is nowhere defined by the legislator, means that in a liberal State the public administration is subject to the law, that is, its actions are governed by the rules of law" (Pépin, 1984: 139) contained primarily in the Constitution, laws and regulations and decisions of the courts. As this fundamental principle has been officially recognized in the Preamble to the Charter (*supra*, note 13), such a requirement can only encourage a restrictive view of the powers and immunities of the Administration. By establishing the subordination of administrative action to rules contained in the law, this principle suggests there is little room for autonomous powers favouring the Executive. Similarly, it is possible to argue that privileges applicable to the Administration as a result of the Crown's legal position are not consistent with the spirit, or indeed the letter, of the rule of law.[49] It is therefore important to examine the place of these powers and immunities enjoyed by the Administration. If interpreted in too absolute a manner, the rule of law could hinder any realistic approach to the executive function.

1. Exclusion of Autonomous Powers

Through the Crown, the Executive can lay claim to a whole series of powers in the area of relations with: Parliament; defence; national security; diplomatic relations; movement of persons into and out of the national territory (the protection of Canadian nationals

49. Reservations of this kind have been expressed by Garant, 1984b.

abroad is entirely within the discretion of the Crown[50]); the conferring of dignities and decorations; appointment to many offices; the right of pardon; and, of course the theory of "act of state."[51] Many British writers consider that these powers are "inherent" inasmuch as the basis for their validity is not in legislation. In Canada, the command of the armed forces is officially recognized by section 15 of *The Constitution Act, 1867*. Similarly, many enactments reformulate these powers of the Crown in precise language, but do not purport to restrict their unlimited and unconditional nature. As examples, sections 683 to 686 of the *Criminal Code* refer to "Her Majesty's royal prerogative of mercy."[52] Section 20 of the *Dry Docks Subsidies Act* contains a provision which clarifies an exceptional right of the Crown: in Canadian ports, warships and other vessels which are the property of Her Majesty are at all times entitled to the use of such docks in priority to any other vessels. Similarly, section 2 of the *War Measures Act* states that a proclamation of Her Majesty shall be conclusive evidence that a state of war exists or has existed, thus referring only implicitly to the existence of the royal Prerogative to issue declarations of war. Such sections are only restatements of pre-existing rights peculiar to the Crown, and cannot in themselves indicate the state of the law on a privilege which may not have been abolished expressly or by necessary implication. As if to reiterate the existence of this rule, the legislator often uses saving provisions to bolster rights of the Crown.[53] The most striking example of this legal safeguarding process is probably subsection 3(6) of the *Crown Liability Act*, which restates and reaffirms the existence of the rule excluding liability by the Crown "... in respect of anything done or omitted in the exercise of ... the prerogative of the Crown ...."[54] For privileges which are passed over in silence by the legislator, such as the power to confer honours and dignities, or the right to claim allegiance and the assistance of individuals in an apprehended invasion of the national territory, reference must be made to the tradition of English public law and the common law.[55]

Despite the theoretical supremacy of Parliament, it is worth noting the importance of the powers retained by the Executive. Many of them are of central importance in the conduct of affairs of State, such as foreign relations and the organization of national

---

50. "There is no legal duty on the Crown to afford military protection to British subjects in foreign parts" (L. J. Scrutton in *China Navigation Company Ltd. v. Attorney-General*, [1932] 2 K.B. 197, p. 211).

51. See, on these various powers, British commentators such as: de Smith, 1981; Hood Phillips and Jackson, 1978; Lawson and Bentley, 1961; Allen, 1962.

52. On the power of pardon see, in particular, Smith, 1983.

53. See, for example, section 686 of the *Criminal Code*, which provides that: "Nothing in this Act in any manner limits or affects Her Majesty's royal prerogative of mercy."

54. This provision states:

> Nothing in this section makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if this section had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, nothing in this section makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces.

55. On allegiance, see Allen, 1962: 51.

defence. It is as if there were a minimum core of powers enjoyed by the Executive. There are sound reasons for thinking that some powers, by their purpose or particular objectives, can belong only to the Executive. Parliament does not have the technical means to administer matters which must be dealt with quickly on a day-to-day basis.

However, there are definite limits which may not be exceeded without calling into question the fundamental requirements of the rule of law. As a matter of general principle, the latter seems to exclude the possibility of independent and separate powers for the Executive. In France, on the other hand, the Constitution of October 4, 1958, gives the Government specific powers. The result is a material distinction between the areas of law and of regulation, with Parliament having a limited jurisdiction (article 34). In constitutional terms, the Government has a power of initiative in certain matters (articles 20 and 21), while for others it ensures that the law is implemented when only general principles are laid down in the latter (articles 34 and 37). In France, therefore, the Executive has independent and exclusive powers based on the Constitution.

In countries with a British tradition, such a concession to the requirements of the executive branch would seem to be an unacceptable infringement on the general sovereignty of Parliament. Appearances to the contrary, the concept of the royal Prerogative leads to similar results in practice, even though the inspiration is obviously different. It is still, one should remember, the basis for an independent regulatory power in the Government's favour, and the latter can thus issue Orders in Council or proclamations without legislative authority,[56] although this power is rarely used. Much more significant is the power of the internal organization of the Administration, which is not derived from the royal Prerogative, and has no express legislative basis.[57] For the purposes of allegedly internal organization and operation, the Administration uses instructions, guidelines, manuals, directives and other similar practices which enable it to alter substantially the state of the law in many cases (Mockle, 1984). The necessities inherent in the effective operation of any modern Administration have thus made differences among Western countries, that were until recently regarded as very significant, more relative.

In fact, therefore, the French and Canadian Governments have similar powers. Where they differ is that, in France, Parliament cannot independently alter the powers given to the Government by the Constitution. In Canada, Parliament is theoretically sovereign and could, by a general statute subject to the Constitution, wipe out all powers and privileges of the Crown at one stroke. The essential difference between the two systems lies in the basis for such powers, since in practice the solutions adopted are very similar.

---

56. Mitchell, 1968: 173. On the notion of "Prerogative Orders in Council," see Allen, 1945: 44.

57. On these internal powers, see Dussault and Borgeat, 1984: 294. Despite their considerable importance, the concepts of "internal order" and "internal order measures" have not been the subject of any substantive examination in the countries with British traditions, and in many respects are still completely unknown. Reference must therefore be made to French and German commentators on the subject. See, in particular: de Laubadère, 1983: 351; Côcatre-Zilgien, 1958; Hecquart-Théron, 1981.

This comparison enables us to place the rule of law and the principle of parliamentary supremacy in context. Too absolute a view of these principles would make it impossible to understand the relative functional autonomy of the executive branch. Since the Government, in practice, controls the tabling of draft legislation, it has the final say on the extent of the powers at its disposal. Although the law tends to suggest the contrary by the establishment of principles with absolute effect, it is really the Government, and to some extent the Administration itself which has a rather wide autonomy simply in institutional terms. There are thus functional limits to the supremacy of Parliament and the law, although these principles continue to be the basis for English public law (Dussault, 1967: 312). For want of the power to infringe directly, they do not have such a limiting effect as might appear at first glance. Even in a system which, in theory, regards Parliament as absolutely supreme, the growth of the Executive has still been remarkable. In this context, it is natural to question the place which the powers and immunities of the Crown should have. Other limits need to be found, and they are not clearly apparent just from a general analysis of the rule of law.

2. Search for a Balance

While it is clear that the executive function does not have powers and privileges which form an exclusive domain, this does not suffice to resolve the problems presented in making a fair assessment of the scope and meaning of the rule of law. It must still be satisfactorily determined what place the Executive has in a system based on the rule of law, which on the face of it allows the Executive only a minor role. The degree of expansion of the executive function makes it necessary to find solutions reflecting the relative compatibility of the powers and immunities held by the Government and the Administration, with apparently contradictory rules. As no major crisis exists in the working of the institutional structure, there must be a balance in effect, and this is the result of deliberate moderation and harmonization expressed through two fundamental requirements in which complementarity and what is fair and reasonable are of equal importance.

(a) The Idea of Complementarity

The period between the early eighteenth century and the Second World War was a brilliant one for the British parliamentary system. The conferring of powers and immunities on the Executive was generally regarded as difficult to reconcile with the enhanced role of Parliament, and hence the tendency to reduce them to what was strictly necessary. Accordingly, there appeared to emerge a philosophy opposed to their extension, or even continuance. Is there not, in fact, a contradiction between the continued existence of this attitude derived from the liberal period and the current importance of the executive branch? In view of the fact that the privileges and immunities enjoyed by the Executive through being associated with the Crown's legal position are truly extraordinary, it is as though this political system were based on the supremacy of the executive branch.

In reality, the situation is more complex. This picture gives no indication of the fact that the official institutions, Parliament and the Crown, have simultaneously undergone what must be described, with certain reservations, as a relative decline. With regard to the Crown, the decline of its privileges is in apparent contradiction with the expansion of the Executive. Where Parliament is concerned, it must be admitted that certain matters cannot readily be dealt with by the parliamentary process. Parliament cannot physically handle everything, especially since certain matters cannot be satisfactorily dealt with by a deliberative body. The governmental and administrative process is more flexible and more expeditious; in view of its permanent nature, it adapts to change more easily. By comparison, [TRANSLATION] "the legislative process has certain opposing features: it is not in permanent session, meetings are always numerous and sometimes bicameral, its debates are in public, it has a great deal of legal symbolism and procedural formalism, it is of a cumbrous nature ill-adapted to circumstances, it decides and acts slowly" (Bergeron, 1982: 231). There are thus matters in which there is a certain institutional logic in actions being taken under executive responsibility, which in no way precludes the holding of a debate in Parliament if the opposition wishes to obtain clarifications on steps taken by the Government.

There thus appears to be a definite complementarity between Parliament and the Executive that belies the apparent conflict between those two parties. Within the State, the question is really just one of specialization of functions, which Sieyès states with clarity in his celebrated formula: [TRANSLATION] "Deliberation is the work of many, execution is the work of one,"[58] as in fact the principles of the supremacy of Parliament and the law are not necessarily antithetical to the powers and immunities of the Executive. In 1960, Thorson noted that "[t]he Rule of Law depends not only on the provision of adequate safeguards against abuse of power but also on the existence of effective Government capable of maintaining law and order and of ensuring adequate social and economic conditions of life for the society."[59] The powers of the Executive are consonant with the logic of common law constitutional principles, if their purpose is to give an effective and concrete meaning to certain general directions issued by Parliament. By their very nature, some functions require an appraisal in concrete terms which the Executive can provide more adequately than can Parliament. Government thus occupies a limited field, which without being autonomous and exclusive, nonetheless constitutes an "open field" which the legislator may alter in theory as he sees fit.[60]

While each has an area of specialization peculiar to itself, therefore, the parliamentary and executive functions are closely connected and complementary. In some respects, they even appear to be dependent on each other. Accordingly, any assessment of a federal

---

58. On this aspect of the thinking of Sieyès, see Bastid, 1939: 381.

59. Thorson, 1960: 250. This writer in fact adopts the recommendation of the International Commission of Jurists meeting in New Delhi in 1959, which put forward a resolutely modern concept of the rule of law.

60. "The prerogative is the residue of executive powers, immunities or other attributes which the government possesses without the authority of an Act of Parliament, but which can be withdrawn, expressly or impliedly, by Parliament" (Markesinis, 1973: 309).

Administration privilege must take into account the special nature of the powers currently held by the Executive. Such an assessment can only be meaningful if it is also based on the idea of what is "fair and reasonable" in performing the executive function.

(b) The Idea of Reasonable Limit

The principle of supremacy of the law suggests that everyone is subject to the rules contained in the law without distinction. Hence the notion that any exception to the general application of the law must be justified, even if it is in favour of the Government. On this point, Wade states that "[w]hat the Rule of Law requires is that the government should not enjoy unnecessary privileges or exemptions from ordinary law" (1982: 24). That writer considers that any exception to the ordinary law will be primarily a matter of necessity. However, this rule is too rigid, suggesting that an exception may be justified solely by the fact that no other solution can be found. The idea of necessity refers to the concepts of the liberal period, in which administrative action was tolerated only to the extent that it was absolutely necessary. The causes and reasons for administrative action have obviously changed. Necessity then becomes unsuitable as a means of justifying what is no longer affected by an inevitable determinism.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contains other points for consideration. In its first section, it states that the rights and freedoms conferred on individuals are "subject only to such reasonable limits prescribed by law ...." The idea of a reasonable limit is left to be defined by the judge and the legislator. Its introduction into Canadian law results in recognition of the principle of proportionality in public law.[61] With this principle, unlike the idea of necessity, an administrative privilege can be judged fair and acceptable by reference to what is measured. This assessment of what is reasonable should, among other things, be based on three specific points.

The reasonable limit is determined, first of all, by the notion of the suitability of the aims sought. Without being essential, a privilege must be such that it will achieve the various objectives of general concern sought by the Administration. An assessment of this kind has already been made by the Supreme Court of Canada in *MacKay*. The court had to determine whether there had been a denial of equality before the law for a serviceman charged with trafficking before a court-martial established pursuant to the *National Defence Act*. This denial of equality rested, in the plaintiff's submission, on the fact that he was subjected to an exceptional proceeding which did not include all the necessary safeguards, and the fact that he should have been prosecuted in the ordinary courts. Speaking for the majority, McIntyre J. justified this exceptional proceeding by virtue of its consistency with the *Canadian Bill of Rights*:

---

61. This rule has been recognized in other systems of law. See, in particular: Delpérée and Boucquey-Rémion, 1982; Braibant, 1974. The better to understand the theoretical and practical implications of the first section of the Charter, see in particular, Morel, 1983 who describes a "control of compatibility." See also: Conklin, 1982; Marx, 1982.

> It [the creation of military law] has been done ... rationally, not arbitrarily or capriciously .... [T]he emergence of a body of military law with its judicial tribunals has been made necessary because of the peculiar problems which face the military in the performance of its varied tasks. In my opinion, the recognition of the military as a class within society in respect of which special legislation exists dealing with legal rights and remedies, including special courts and methods of trial, fulfilling as it does a socially desirable objective, does not offend the *Canadian Bill of Rights*. (*MacKay* v. *The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, pp. 407-408)

This assessment of the appropriateness of an exceptional proceeding was recently restated in determining whether subsection 235(2) of the *Criminal Code* (Breathalyser) was consistent with the provisions of the Charter (*R.* v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378, p. 393). In determining the nature of the "reasonable limit," the court referred to the criteria suggested in relation to due process of law in the *Canadian Bill of Rights* by Rand J. in 1961. These criteria emphasize the ideas of public interest, appropriateness and proportionality between the extent of the exception and the aim sought. For these purposes therefore, the privileges of the Administration may be justified by their public interest objectives.[62] Administrative secrecy provides a good example of this. Is the maintenance of secrecy acceptable in a context in which the operation of many administrative services does not require strict confidentiality in order to achieve public interest objectives? The rules regarding secrecy must therefore be appropriate and suited to the nature of the administrative activities. They do not have to be essential, simply appropriate, allowing a more critical appraisal to be made.

To this appraisal must be added a second point which relates to the notion of seriousness. A privilege should not subject the individuals concerned to excessive hardship in terms of the aims sought by the Administration, or be exorbitant in comparison with the real importance of the results it seeks to achieve. It seems quite clear, in light of this Paper as a whole, that exceptions to the general rule made for the Administration must not exceed the real scope of its activities.

The final point for consideration, in connection with the idea of a reasonable limit, is the existence of measures which can offset the extraordinary nature of exceptional regimes. It is no longer possible, as it was formerly, to give an absolute and complete meaning to a privilege. Especially regarding Crown privileges, many people seem to be convinced that individuals will be better protected by ensuring that the scope of the exception is not too wide. Accordingly, it is felt that an exception should not be proposed without specific safeguards and rules.

This idea of a reasonable limit on the privileges and immunities of the Administration shows that the law is continuing to evolve toward a balance between the legitimate interests of individuals and the necessities of the "public authority" (*puissance publique*) (Dussault and Borgeat, 1982: 661). The existence of a general impetus to claim increased rights and safeguards for individuals in their dealings with the State leaves little doubt as to the

---

62. Wade also observes in this regard that "[i]n principle all public authorities should be subject to all normal legal duties and liabilities which are not inconsistent with their governmental functions" (1982: 24).

nature of this balance. Despite this context favourable to the individual, the precise determination of such a balance cannot be made in abstract terms. It is necessary, therefore, to consider more specific points than can be inferred from recent trends in civil liberties.

B. Paramountcy of Liberal Concepts

Recognition of the primacy of the rights of individuals takes the form, first, of a series of measures designed to protect the moral and physical integrity of individuals. These are civil liberties in the most classical sense. This development can also be seen in efforts to ensure legal equality in order to promote the development of the potential of the individual. The combined effect of these two types of law creates a liberal order to which the Government itself tends to be subject as the principal protagonist. The consequences of this situation for the privileges which apply to the federal Administration must therefore be assessed. The extraordinary nature of many of these could conflict with the recognition of many rights and freedoms.

1. Primacy of the Rights of Individuals

The Charter expressly establishes the liberal nature of Canada's political and legal system. In this regard, it appears to be written along classical lines, characterized by the primacy of the individual and the achievements of the liberal revolutions in the last century. It could have been more innovative[63] by establishing certain economic and social rights: the right to work; the right to form a union; the right to strike; the right to education; the right to health and material security; the right of asylum; and, the right to culture.[64] However, some provisions are tending, if hesitantly, to recognize such rights. Section 36 of the *Constitution Act, 1982* recognizes, or more precisely creates, an obligation on the provincial and federal authorities to promote the well-being of Canadians in order to increase equality of opportunity, further economic development and provide essential public services.[65]

These "new" rights are considered by French academic analysts as second generation by comparison with the first generation civil and political rights recognized by the 1789 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Some writers have recently discussed certain third generation rights: new rights for the *administrés*; the right to nature or the preservation of the natural environment; the right to development; the right of peoples

63. "First, the new Canadian Charter of Rights and Freedoms is not an innovative rights document .... The underlying political philosophy of the Charter is not as modern as that which informs the Universal Declaration of Human Rights, or its progeny" (Whyte, 1982).

64. These rights are given a very clear statement in, for example, the *Préambule de la Constitution française* of October 27, 1946 (this Preamble is still in effect) and in the *Universal Declaration of Human Rights* of December 10, 1948, articles 22 to 27, a document which may be read together with the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* of December 16, 1966.

65. On this question of social rights, see: Proulx, 1983; Lebel, 1983.

to free self-determination; the right to control natural resources, and so on (Pelloux, 1981). The Charter remains silent on the point. Does this mean that, in many respects, the Charter has overlooked certain new aspects of civil liberties?

Despite all its importance in Canadian public law, the Charter does not, by itself, indicate the state of civil liberties in Canada. The British concept of civil liberties differs significantly from systems which give greater importance to declarations, proclamations or charters containing fundamental rights and freedoms. In the United Kingdom, the latter are contained in various Acts of Parliament, and so are statutory in nature. Even in these Acts, there is little or no use of solemn proclamations. The British texts are very specific and limited to the listing of various proceedings rather than the adumbration of broad general principles. In actual fact, the "second and third generation" rights are given legislative form in varying degrees.[66] Countries with a British tradition recognize by implication what is elsewhere the subject of express proclamations. The Charter does not purport to be exhaustive, since section 26 guarantees that the recognition of certain rights and freedoms "shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada." Similarly, in the United States the non-recognition of economic and social rights in the Constitution does not mean that they have no application (Henkin, 1981: 229; Ginsberg and Lesser, 1981: 238).

The British concept of rights and freedoms, despite its advantage of flexibility, is nonetheless open to question. On account of their purely legislative nature, these rights have only a more limited application. In times of urgency or crisis, they can, with the greatest ease, be suspended. Similarly, as they have no constitutional or supra-legislative effect, they are subject to shifts in the political climate.[67] Doubtless aware of these difficulties, the Canadian authorities wished to break with the British tradition and use a charter of rights and freedoms, with the result that the latter were given appreciable force and effect. This has had certain consequences. By specifying certain rights rather than others, the drafters of the Charter conferred on them a primacy and pre-eminence over any other document.[68] Accordingly, the Canadian approach to civil liberties is

---

66. However, this is not a sufficient excuse to justify excluding them from a constitutional charter, as was argued by Chevrette and Marx, 1979: 109.

67. In describing the prevalent situation before the adoption of the Charter, Hogg observed that "[t]he hard fact remained that if a statute plainly took away a civil liberty there was no redress for the injured citizen" (1984: 284-5). This kind of difficulty helped stimulate the interest of Canadian jurists in various foreign experiences based on texts and declarations having supra-legislative authority. Indeed, "[a] bill of rights, entrenched in a constitution which was immune from ordinary legislative change, could protect civil liberties from legislative encroachment" (Hogg, 1983).

68. This supremacy of the Charter (which is, it will be recalled, Part I of the *Constitution Act, 1982*) materializes in Part VII, in subsection 52(1): "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect." Somewhat strangely, the political circumstances which governed the adoption of the *Constitution Act, 1982* were at the source of introducing a provision which departs from section 33, subsection (1) of which states:

> Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

This provision's compatibility with the principles stated in sections 1 to 52 remains ambiguous at the present time.

primarily the result of the rights contained in the Charter, which must now be regarded as a document of prime importance acting as a foundation. What this document says, or fails to say, thus becomes particularly significant.

While it is a source of satisfaction that many rights have been extended and strengthened by their inclusion in the Charter, on closer examination this progress seems to be more relative than might be thought at first glance. Any specific listing has the effect of giving certain rights precedence over others. A declaration of rights which is not really exhaustive, or somewhat innovative, may lead its drafters to regret that one category of rights is given priority over another. On the other hand, it generally leaves no doubt as to the ideological basis of a particular political and legal system. By its restrictive nature, the Charter makes apparent the real meaning of civil liberties in Canada.

Despite a movement in the direction of the rights "especially necessary for our time," to use the well-known formula of the 1946 French Preamble, the Canadian Charter is primarily the expression of an individualist view of rights. It firmly establishes the traditional political rights dear to liberal thinking: the freedoms of conscience and religion, thought, assembly and association. It also establishes: the right to vote; the right to life, liberty and security of the person; and, the right to freedom of movement. Similarly, various guarantees of a penal nature, specified in sections 8 to 14, establish the primacy of the individual and the inalienability of the rights pertaining to his person. It is characteristic that many sections begin with the formula: "Everyone has the right to ...." One must be careful, however, not to exaggerate the liberal nature of the Charter, since unlike article 17 of the 1789 French *Déclaration*, there is no provision establishing a right of property or any right to security of property.[69] This rather curious fact reinforces the personalism of the Charter, which thus seems to reflect a philosophical outlook which sees the individual, the human being, as the supreme value.

The Canadian concept of civil liberties is thus concerned largely with the assigning of rights affecting the person as an individual.[70] The *Canadian Bill of Rights* in 1960 had already referred expressly in its Preamble to "the dignity and worth of the human person," and the *Canadian Human Rights Act* has also attacked many cases of illicit discrimination. The Charter thus seems to be the extension of an established tradition. The individualist nature of this document has also been emphasized by judicial interpretation which has been concerned with defending the freedoms of individuals (*Québec Association of Protestant School Boards* c. *Le procureur général du Québec*, [1982] C.S.

---

69. The possible inclusion of this right in the Charter concerns some members of Parliament (*Le Devoir*, May 3, 1983, p. 3).

70. Although section 28 of the *Interpretation Act* provides that the word "person" includes artificial persons such as corporations, the context appears to indicate that the authors of the Charter had natural persons specifically in mind. The English version reinforces this meaning, since it speaks of an individual in section 15 ("Every individual is equal before and under the law ..."). In English, an individual is a particular person, a human being. As an artificial person, Her Majesty in her executive capacity would therefore appear to be excluded. However, it can be argued that she is also "a natural body," which could make her subject to this provision. In actual fact, this solution cannot be applied since Her Majesty is only a natural person as Monarch, as Head of State, and not as an embodiment of the Crown, where she is regarded as a "corporation sole." See, to this effect, Haggen, 1925: 184.

673, p. 692). However, it is important not to give too absolute and dogmatic a meaning to the idea of the rights of individuals. In keeping with the criterion of a reasonable limit, these should be able to give way before any community interest. *Ex hypothesi*, if the Charter had recognized the right of property and the right to security of property, this would not mean that any public expropriation undertaking would have to be found unlawful on the ground that no community right could deprive an individual of a right granted by the Charter. The rather artificial antithesis between the community and the individual is much more relative than is generally believed. In the spirit of the Charter, therefore, it is more correct to speak of the paramountcy of the rights of individuals and not an absolute primacy, which might suggest that they are inconsistent with the interest of the community.

The Charter thus firmly establishes certain rights which help to strengthen the position of the individual in dealing with the Administration and the State. The rule of equality of treatment is undoubtedly one of the most essential of these safeguards.

2. Quest for Equality of Treatment

This enhancing of the legal effect of the rights of individuals in relation to the State is made still more significant by recognition of the right to equality of treatment. Subsection 15(1) of the Charter provides that:

> Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination ....

The application of this section is perhaps not as clear as might be thought at first. The references made to the individual and to the concept of discrimination may be interpreted in the restrictive sense of denials or infringements limited solely to people's external characteristics (race, language, sex, ethnic group, age, religion and so on).[71] It is thus worth determining whether this provision really has the effect of making the rule of equality generally applicable in Canadian public law, before considering whether the privileges and immunities of the Crown are consistent with the idea of equal application of the law.

(a) The Concept of Equality in Canadian Public Law

The idea of equality is not a novelty in Canadian public law. In 1960, the *Canadian Bill of Rights* expressly recognized in paragraph 1(*b*) "the right of the individual to equality before the law and the protection of the law." This right is in keeping with what is required by the rule of law, since this concept includes the idea that everyone is equal before the law (Chevrette and Marx, 1982: 1205). The idea of primacy and general applicability of the law necessarily implies that, in principle, the latter is the same for

71. Before the adoption of the Charter, problems of equality were analysed from the traditional way of looking at discrimination (Tarnopolsky, 1977).

everyone and that everyone is equal before it. This meaning has not changed since the principle of isonomy was first established in Periclean Athens. Equal application of the law is nothing other than the rule of law itself. The influence of Dicey has been decisive in this area, since the second meaning given by this writer to the rule of law was "legal equality, or ... the universal subjection of all classes to one law administered by the ordinary courts" (1959: 193). Rather strangely, British writers on administrative law do not refer directly to this principle, as if it were not really understood or not fully accepted (Collon, 1971: 75). That is not to say that equality is an idea foreign to British law. Although its existence does not seem to be really established by administrative law, which prefers to refer to the rules of natural justice,[72] it is nevertheless one of the fundamental principles of public law.[73] In Canada, inclusion of this rule in the Constitution leaves no doubt that it really exists. On the contrary, it is the scope and extent of the rule which may give rise to difficulty.

Despite this British origin, the principle of equality still seems like an American import to many, which to some extent explains the tendency to give it a more substantive application. In trying to resolve various problems as to how it applies, courts often refer to American academic analysis and precedent (Chevrette and Marx, 1982: 1205). Without wanting to deny the importance of this approach, however, we should note that in American law, the idea of equality goes well beyond the purely formal meaning which it is clearly given in the British tradition. This could hardly be otherwise, since owing to the anti-slavery origins of the Fourteenth Amendment to the Constitution (1868),[74] the principle of equality was understood and interpreted in the sense of equality of treatment, of the right of all members of the community to enjoy the benefits of the law. The innovative nature of this change was not immediately realized, not at least so far as its implications for the concept of equality itself were concerned. For a long time, among many American jurists, the most commonly accepted idea was that the concept of the "equal protection of the laws" had an essentially racial meaning.[75] It was not until the late forties that the idea of discrimination was extended to religion, language, sex and so on. A clear change was then observed:

> We now know that the equal protection clause was designed to impose upon the states a positive duty to supply protection to all persons in the enjoyment of their natural and inalienable rights, especially life, liberty, and property — and to do so equally. (Tussman and TenBroeck, 1949: 341)

The principle of equality thus lost its essentially anti-discriminatory nature and became a positive obligation on the State to ensure equal rights for all. For this reason, equality has, since 1960, been given a new meaning ("the new equal protection") in the fields

---

72. Collon, 1971: 81. A writer such as Garant, however, believes in the existence of a principle of equality in respect of public burdens (1985: 396).

73. This is especially probable, as English public law has never clearly distinguished between constitutional and administrative law. See, in this regard, Distel, 1982: 43.

74. Angell, 1964: 51. For a review of the historical evolution of the concept of equality in American law, see Handlin, 1979.

75. See, in particular, the comments of Mason and Beaney, 1978: 438 ff.

of economic and social legislation.[76] Some American writers have thus come to contrast the idea of formal equality with that of substantive equality (''formal principle of equality versus substantive principles of equality'').[77] Applying a more substantive assessment of equality, a whole body of academic opinion has sought to show that real equality cannot be conceived of without certain forms of discriminatory treatment to strengthen the position of the disadvantaged (''reverse discrimination'') (Goldman, 1979). In the case of substantive equality, one must distinguish between strict equality and differential equality.

However, it is in France that the principle of equality has evolved most rapidly along these modern lines, in relation to control over the legality of administrative actions. This principle is the real basis of French public law, and was recognized in 1789: [TRANSLATION] ''The law ... must be the same for everyone, whether the person protected or the person punished. All citizens are equal in the eyes of the law and are equally eligible for all public dignities, places and employments, depending on their ability'' (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, article 6). Since that time it has become firmly established in many areas: equality before the law; equality in respect of public burdens; equality in the public service; equality in benefits; equality in competitions and examinations; equality of users; equality of the sexes; equality of aliens and Frenchmen in relation to fundamental rights (Rivero, 1965; Wolfers, 1971; Delvolvé, 1969; Morange, 1951; Gaudemet, 1974). This principle postulates that everyone who belongs to a similar category must be treated alike, the logical corollary of which is that a similarity should not be drawn between persons who are in different situations (Carbajo, 1981: 177). The French concept is clearly focused on equality of treatment, and the clearest indication of this has been the abolition of privileges of any kind (Perelman, 1977: 329).

The concept of equality has undoubtedly evolved in the direction of international status, since not only is it recognized by the great majority of Western nations, but it has also been given formal status in article 7 of the *Universal Declaration of Human Rights*, which provides that ''[e]veryone is equal before the law and entitled to equal protection of the law without distinction.'' As can be seen, this formula brings together the British, American and French approaches to the matter.

---

76. This new meaning receives increasing attention from American jurists and philosophers. See, for example, the special issue of the *Washington University Law Quarterly* (1979) on a programme of conferences organized by the University of Washington Law School with the title *The Quest for Equality*. See, especially, the addresses on the theme *Equality in Basic Needs and Services: Constitutional Right to Subsidy and Sharing*. See also the presentation by Nagel, 1979: 26, which summarizes American law on the point as follows:

> In this conception (basic rights and liberties) the important kinds of equality are equality of political and legal respect, equality of formal treatment by the institutions of society, and equality of liberty from certain kinds of encroachment or interference, either public or private. A second notion, somewhat broader than the first, is equality in the possession of basic rights plus the equal apportionment of certain kinds of *benefits* that are also regarded as basic — perhaps basic medical care, basic education, care for the aged when they are no longer able to work, and fundamental care for children so that they do not grow up undernourished. The third, and by far the broadest notion of equality, is the equal apportionment of benefits of *all* kinds, particularly economic benefits.

See also Winter, 1979.

77. See, in particular, Greenawalt, 1983. The fact that other writers are questioning the value and effectiveness of the principle of equality is the best possible indication of its significance: Westen, 1981-82: 83.

This brief review indicates that the Canadian approach to the principle of equality is an amalgam of foreign solutions. Section 15 of the Charter is not limited to equality before the law, but also states that: "Every individual ... has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination ...." This formula adopts the substantive view of the principle of equality, of Franco-American origin. Equality becomes a positive obligation imposed on the legislator and the Administration.

This approach is obviously more onerous than that derived from the United Kingdom, where equality is only one component of the rule of law. The idea of supremacy of the law implies that it is the same for everyone, and an individual cannot avoid its application by relying on the special features of his situation. In this sense, as stated in subsection 15(1) of the Charter, "[e]very individual is equal before and under the law ...." This is clearly the formal approach to equality before the law, which [TRANSLATION] "amounts simply to uniform application of the law to litigants by the Administration and the courts, whatever that law, even at its most manifestly discriminatory" (Proulx, 1980: 512).

Although the Charter is still close to Diceyan concepts of equality, seen from the limiting viewpoint of the rule of law, an important step appears to have been taken. The approach adopted by the Charter seems to go well beyond the narrow limits of uniform application of the law to include the right to equality of treatment in a general sense.[78] Section 15 is [TRANSLATION] "a general equality clause, not limited to the prohibition of certain forms of discrimination" (Brun, 1982: 793). It is thus possible to foresee changes in the direction of a more substantive approach to equality, which is increasingly being required in the common law countries.[79]

This understanding of the application of the principle of equality in Canadian public law is very important in relation to Crown privileges and immunities. Is such an exceptional system of law really consistent with the requirements of equal application of the law to everyone? Does the "right to benefit equally from the law" assume that privileges which stand in the way of equality of treatment for everyone will be abolished? By the idea of equality, Dicey clearly meant that, in the last resort, individuals and the Administration would be subject to the same rules contained in the law (1959: 202). However, is making the Administration subject to the ordinary rule the ultimate consequence of the principle of equality, or should such a deduction rather be regarded as a confusion of radically different concepts?

(b) Application of the Principle of Equality to Law Affecting the Administration

Nothing in the Charter expressly preserves the rights and privileges of the Executive and the Crown. Indeed, subsection 32(1) provides that "[t]his Charter applies ... to the

78. On this widening of the notion of equality see, in particular, Tarnopolsky, 1982 and 1983.

79. For American examples, see: Greenawalt, 1983; Westen, 1981-82; 1983.

Parliament and government of Canada ...."[80] Insofar as the Charter operates as a true charter of relations between the State and individuals, it is quite logical for the Crown to be subject to its provisions. In addition, there is a clear desire to give the Charter "universal" effect and general application, the principles stated in it being applicable to all (Gibson, 1982). Does this, therefore, mean that the various components of the executive branch should receive the same treatment as individuals?

Although it is clear that various institutions such as Parliament, the Government and (by extension) the Crown must observe the principle of equality in application of the law, no support can be found for the assumption of a general similarity of treatment between the Administration and the individual. On the contrary, the formal approach so far taken by the Supreme Court provides a basis for justifying the existence of discrimination in the law (Beaudoin, 1975: 714; Samson, 1975; Bourque, 1977). From the standpoint of substantive equality, identical treatment is not necessary for persons who are in different situations. Non-discrimination is applied by categories, by "reasonable classification,"[81] rather than by strict equality. A difference in treatment may be justified by the absence of a similar situation or by a distinct nature, which surely is precisely the situation of the executive function and the individual. The unequal positions of the parties seem to be acknowledged. Considering its legal nature, the special regimes governing its rights, duties and privileges, its origins and its political dimension, the public interest objectives which it exists to attain, and the purpose of its activities, everything is in favour of a radical distinction between the Administration and private individuals. Does making them subject to the same process as to liability or procedural safeguards not amount to denying the existence of an entity as important as the Crown in its capacity as the holder of the executive power and public authority? Surely its special nature makes the Crown "incomparable," and it could only occupy a distinct and special position created for it alone. Its nature is clearly distinct, since the concept of the Crown refers to the residual powers of the Monarch. While it is now to be under the law, as are all individuals, that does not make its nature similar to the ordinary individual. Its public nature distinguishes it from private persons even though it acts in accordance with the general rules of the common law. In terms of legal categories, public and private law persons cannot be confused, which would appear to justify *a priori* the existence of separate systems governing them. On the face of it, therefore, it would not seem advisable to make the Administration and the individual subject to equality of treatment. From this standpoint, any relation between these two would necessarily be unequal and could only remain so.

---

80. In the case dealing with cruise missiles, the Federal Court both at trial and in the Court of Appeal clearly stated, in reliance on subsection 32(1), that the Charter applied to the Government of Canada. A majority of the Court of Appeal concluded that this application of the Charter also covered Government decisions taken under the royal Prerogative (*Operation Dismantle* v. *The Queen*, [1983] 1 F.C. 429; [1983] 1 F.C. 745 (C.A.)).

81. We refer to the criteria used by the American courts in connection with the Fourteenth Amendment. In this regard see: Michelman, 1969-70: 43; Karst, 1977-78. The expression "reasonable classification" was used by Laskin C.J. in *MacKay* v. *The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370.

Another important point is that equality is a duty imposed on the State. There can be no discrimination against the State. It simply performs a policing function to check abuses contrary to equality. In many respects, therefore, it may seem quite pointless to discuss making the Crown subject to the principle of equality. Fortunately, the scope of section 15 of the Charter goes beyond the confines of non-discrimination and includes equality of treatment before the law, so that it is legitimate to compare the position of the Administration in relation to the individual in order to determine what is necessary for greater equality of treatment before the law and in the courts. Although equality is a duty imposed mainly on the State, such a comparison is still valid, if only to ensure that the duty is performed.

Although this type of comparison between the Administration and the individual is legitimate, a classical interpretation of section 15 does not lead to the conclusion that a duty exists to subject them to equal treatment. Both the nature of the principle of equality itself and the formal meaning which it is generally given in Canada are against such a conclusion. Since equality cannot be given a general and absolute significance, does this mean that any search for a better balance in relations between the Administration and the individual cannot be based on the principle of equality?

In reality, aside from the limits of the principle of equality, what is most important is the general sense conveyed by this concept. A more flexible understanding of the general direction in which the law is moving indicates that equality of result is gradually becoming the objective. Formal equality is insufficient, since it leads only to control over equal application of the law, regardless of its content. In a more modern sense, therefore, equality is associated with the idea of justice, the idea that all the various components in society should be treated equally unless there are objective reasons for doing otherwise. This trend towards "equalization," egalitarianism, is also justified on grounds of equity, social peace and legal security: a just rule is necessarily the same for everyone, it is strongly argued (Perelman, 1977: 325; Friedrich, 1977). In Canada, the theme of equality has been directly linked with the idea of democracy: "If democracy is considered substantively as well as procedurally, it requires the pursuit of equality as an economic, social, cultural and moral goal" (MacGuigan, 1982: 247). To attain this result, the concept of equality of opportunity is put forward as a means of correcting inequality such as results from "nature" or from social, economic and institutional causes. There is thus a very clear trend towards a more substantive approach to equality, and the latter is given a more material sense. What is significant is that equality can be a method of achieving justice and democracy, by limiting or eradicating objective causes of inequality among the various components of Canadian society, of which the Government is one. An approach designed to promote more egalitarian relations between the authorities which hold privileges and immunities on the one hand, and private individuals on the other, is therefore entirely plausible. This attitude is consistent with the logic of events, since we are witnessing a continuous expansion of the rights, freedoms and safeguards of individuals, so that some counterweight is necessary, if only the idea of civil liberties, which continues to gain strength. As the State actually has considerable power both in fact and in law

through its capacity for unilateral action,[82] some privileges exercised by the Administration are superfluous and directly opposed to the need to improve the situation of the *administrés* (Dussault and Borgeat, 1982: 668).

It can thus be seen that the status of the Administration must be analysed in a resolutely modern sense, in which any exception should be supported by reasons, not taken for granted. The prevailing tendency in contemporary law is to require a justification for any departure from the general rule. This would mean proceeding on the assumption that the federal Administration as a whole has no vested rights, and that it must justify its special status in terms of contemporary realities. The effect of this approach would be to modify traditional analysis considerably, in particular that used in discussing the privileges and immunities of the Crown. In this specific case, exactly the reverse would be true. The necessity for a critical examination means going from the general to the particular. Although the Crown is the outcome of a particular historical process, exceptional rules to accommodate objective differences must be considered. If we were to take the general body of its privileges and immunities together and attempt to demonstrate the inconsistencies, the task would be much more difficult: this Paper would be in grave danger of resembling an assault on a fortress. It is necessary to strike a better balance between the Administration and the individuals by considering more appropriate solutions than can be expected simply by reverting to the general rule. The new directions suggested by the wording of section 15 of the Charter tend toward a flexible and varied interpretation of their mutual relationships. Inherent in the idea of equality is an attempt to find a balance by taking into account the particular nature of all the factors which go to create a special situation.

Equality is always contingent and relative; for a balance to exist, it is not necessary that all the parties concerned be in identical positions. This is especially important as it is not a question, in this case, of restoring a balance in relations between two categories similar in nature. The dialectic of relations between the Administration and the individual is of an exceptional nature and requires original solutions adapted to the respective situations of the parties concerned.[83] To see the truth of this, the present condition of the *administrés* must be examined. In terms of commonly accepted notions as to the efficacy of the ordinary law, their position is surely somewhat singular.

---

82. See *infra*, p. 61 ff., for a discussion of the powers of administrative policing and the power of unilateral action.

83. The inegalitarian nature of the relationship between the State and the individual does not admit the reference to the concept of strict equality, but rather that of differential equality or "inegalitarian equality," which only serves to emphasize the continuance of the Aristotelian distinction between arithmetic and geometric equality. The modern view of equality rests on a differentiation, both for the rights themselves and for the legal entities involved. On this relative nature of contemporary equality see, in particular, Goyard, 1977.

C. The Vulnerability of the Individual

Is Canadian administrative law keeping pace with contemporary evolution in relations between the State and the individual? Many deficiencies remain, such as the absence of any legal requirement that reasons be given for administrative decisions, the lack of safeguards regarding execution of judgments against the Administration and the fact that there is no ombudsman at the federal level. Certain discrepancies in the law have clearly resulted from recent transformations in the executive function. This fact may be explained by the liberal context in which administrative law was developed, in response to limited intervention by the State. General principles and the rules of natural justice are no longer as well equipped to deal with an extensive modification of relations between the Administration and the *administrés*. The unqualified faith of some lawyers in the value and effectiveness of judicial review has only further distorted this situation at the expense of the creation of *a priori* rights, which are more flexible and better suited to the nature of ordinary relations between the Administration and the *administré*. The result has been to leave the *administrés* in a vulnerable position in view of the very rapid growth in the benefit-granting function, a vulnerability which some new rights have tended to offset.

1. Rapid Growth of the Benefit-Granting Function

The State has ceased to be simply the provider and guarantor of a liberal order: it is also responsible for performing a host of services which have considerably altered the nature of its functions. In these circumstances, the idea of *puissance publique* can no longer accurately describe the situation. The State cannot now be seen solely in terms of its administrative police function, because the nature of its activities has long since gone beyond merely creating procedures for issuing prohibitions and authorizations. Academic opinion is unanimous in noting the transition from a "Watchdog State" to a "Welfare State."

Is the expression "Welfare State" still relevant to describe these transformations? It was developed to describe the post-War situation and refers to a system of protection and assistance, to the aid of the State; one thinks at once of isolated actions taken to correct a social or economic situation. In reality, matters have gone much further than that. The State has become a vast organization involved in providing services and benefits as well as in planning functions. Its expanded role reflects an impetus towards control and rationalization of the organization of social relations.

> [TRANSLATION]
> It [the State] is increasingly becoming the regulator of development or even, in difficult periods, of decline. It injects large sums of money into industry and finances community projects. It even produces goods and services directly, occupying the field left open by the private sector, competing with it or taking its place. It becomes involved in the creation of public enterprises, either to provide citizens with better access to essential services or advanced technology or to ensure the independence of the domestic market. In this way the State encourages citizens to participate in a community effort. (Dussault and Borgeat, 1984: 12)

The greater the number of services offered, the more the State tends, in reality, to become indistinguishable from the rest of society, and to affect all individuals directly. This has resulted in the transformation of the individuals' relations with the State, with the purely administrative aspect predominating. Changes as to their rights and status also have to be considered to take into account the requirements inherent in this benefit-granting function.

2. Changes in the Individual's Status in Relation to the State

Both in fact and in law, it is the very nature of the relation between individuals and the State which has been transformed in the last two decades. A very clear shift has taken place from a political relation towards a more properly administrative dimension.

The use of the word "citizen" to describe the status of individuals in relation to the State is a very imperfect rendering of the new dimension in their relations. This word refers to a series of rights and duties of a political nature: the right to vote; eligibility for public office; the holding of a passport; and so on.[84] As a grantee, the citizen is primarily a "user" of the Administration, and needs to have rights which are appropriate to this new situation. As compared with the status of the citizen, which has remained almost unchanged, all the progress made in the area of rights and freedoms has been concentrated in the administrative field, which is an indication of the growing importance of the institutional as opposed to the civic aspect. Many Western nations have considered such matters as: an ombudsman; freedom of information and access to administrative documents; reasons for administrative action; non-curial administrative procedures; consultation and participation; a right to privacy and confidentiality; creating rights for users; maintaining "essential" services; simplifying formalities; administrative decentralization; and additional safeguards in judicial proceedings (such as class actions).

All these reforms carried out in a relatively short space of time clearly illustrate the growth of the administrative function. The individual, having only limited rights, is in a weaker position which the Government has tried to improve, so as to make the State "more controlled and more civilized" (Debbasch, 1979). It thus seems quite clear that relations between the State and the individual have become, above all else, relations between the Administration and the user, who is in a position of dependence and vulnerability; attempts have been made to remedy this. Without questioning the relevance and the effectiveness of these reforms, we must say that they are only corrective measures which are eloquent testimony to the limitations of traditional representative democracy in coping with the growth of the Administration. By themselves they cannot remedy the fundamental problems connected with the development of the State. This dependence is due, in part, to the expansion in the functions of the Government into various sectors

84. The reference to "citizens" also has the unfortunate consequence of excluding aliens, individuals who are particularly vulnerable in dealing with the administration.

where the needs of individuals are regarded as essential. Section 36 of the *Constitution Act, 1982* clearly states this responsibility of the State to promote the material well-being of the entire community. The development of economic and social rights is one of the best indications of this. The Administration also considers rightly or wrongly that it should take the initiative in various areas, such as culture, scientific research, economic priorities and industrial objectives, the fight against poverty and inequality, the promotion of new values and so on. While the Government is thus seeking to obtain the material and human resources to innovate, plan and manage, individuals are inevitably left in a position of dependence: nothing can be done without the grant or green light given by the authorities. Quite apart from the political aspect, this phenomenon indicates the importance of the technical and scientific management of society. The result is an increasing complexity reflected in administrative organization and its tools for action, which thereby creates a situation with a tendency to disequilibrium in relations between the Administration and the *administrés*.

While this disequilibrium results mainly from transformations in the administrative function, it is also assisted by other causes inherent in the social and economic condition of individuals. It is impossible not to notice the growing helplessness of the individual in Canadian society. Some very significant portions of the population are faced with isolation, powerlessness and marginalization. This phenomenon appears to be the result of a number of causes linked, for example, to the decline or disintegration of institutions performing a mediating function between the ordinary person and political authority (social clubs, fraternal associations, charitable institutions and religious foundations). Many other factors are also involved: the increase in single-parent families; the weakening of family ties; the economic crisis and unemployment; consumer techniques; and, the division of labour. More and more, the isolated individual is subject to what may conveniently be described as a direct confrontation with the State. Lacking resources and ill-informed, he becomes merely a recipient of welfare, of unemployment benefits or of old age or disability pensions, an applicant for scholarships and loans, a user of "essential" services. This situation should prompt jurists to create legal machinery infused with a new spirit and seeking new objectives.

The legal situation of the Crown is singularly ill-suited to handling this change in their relations. It appears to be the expression of authoritarian concepts based on the submission and subjection of individuals in their relations with the State. In attempting to remedy this legal inferiority, it is necessary to give their rights a new meaning by no longer taking for granted the pre-eminence of public bodies. Formerly, such pre-eminence was often only a somewhat artificial result of an inability to reconcile the idea of special functions for the Administration with the idea of rights and safeguards for individuals. Efforts must be made to avoid perpetuating an absolutist concept of the State by the refusal to take any compensating measures. National interest or reasons of State cannot be used as a facile excuse for evading the need for a critical re-examination.

The courts have been too dependent on a traditional interpretation of the privileges and immunities of the Crown, and have too often merely approved this situation. Despite the emergence of new trends, judicial attitudes are still unsatisfactory on the point, clearly demonstrating the necessity of legislative reform to introduce innovative solutions.

D. Deficiencies of Judicial Review

For some decades, administrative judges in France have been criticized for being too understanding of the operational necessities of the Administration (Mestre, 1974). The same or perhaps greater criticism might be made of judges in Canada in the past. There has been little innovation in the field of Crown privileges and immunities in this century, and judges have retreated behind a traditional interpretation directly favouring the Administration. All too frequently, judges have simply recognized the existence and scope of a privilege, and then have declined to look any further.[85] Tradition also suggests an interpretation favouring the Crown. The rules governing the application of statutes to the Crown in right of Canada provide a good illustration of this, since the Crown is regarded as bound only if there is an express provision to this effect in the statute, or by necessary implication.[86] Where the legislator has been silent on the point, therefore, the courts can speculate as to whether he intended to make the Crown subject to the provisions of a statute. Such speculation is clearly along lines favourable to the Crown, since the judge gives any provisions that may bind it a restrictive interpretation:

> [I]t has long been established in case law that the Crown can only lose its prerogatives under an Act which contains a clear and precise statement to that effect, and that any Act to which a party attempts to ascribe such a result must be interpreted in favour of the Crown and against whoever alleges that it has renounced its prerogatives. (*The Public Service Alliance of Canada* v. *The Canadian Broadcasting Corporation*, [1976] 2 F.C. 145, p. 149)

In case of doubt, the presumption is in favour of the Administration and not the individual: thus, whenever a statute does not clearly specify that it also applies to the Crown, the Administration can rely on this judicial interpretation in directly infringing its contents. The *Eldorado Nuclear* case already referred to (an infringement of Ontario

---

85. "Prerogative discretionary powers are also absolute in the eyes of the courts, in the sense that once the existence, scope and form of a prerogative power are established to their satisfaction, the courts have disclaimed jurisdiction to review the propriety or adequacy of the grounds upon which it has been exercised" (de Smith, 1981: 137).

86. *Interpretation Act*, section 16. See *supra*, p. 15 ff., our comments on this immunity.

environmental standards), clearly illustrates the fact that the Crown's legal position allows the State to place itself above the law, even for its industrial and commercial enterprises which put it in direct competition with private enterprise.[87]

Fortunately, there is a body of judicial opinion favourable to giving these privileges a restrictive interpretation (Dussault and Patenaude, 1983: 258 ff.). For some years it has been strongly defended by the Supreme Court of Canada, among others. In the *Labrecque* case, Beetz J. noted that modern English law is hostile to the extension of the royal Prerogative and against using the Crown's legal position to explain certain legal relationships. On the same lines, Laskin C.J. noted in a similar case that:

> The law in Canada, in Canadian provinces, as well as in other common law jurisdictions has gone far down the road to establishing a relative equality of legal position as between the Crown and those with whom it deals, too far in my opinion to warrant a reversion to an anachronism. (*Nova Scotia Government Employees Association* v. *The Civil Service Commission of Nova Scotia*, [1981] 1 S.C.R. 211, p. 222)

The anachronism in question was the common law privilege of Her Majesty to dismiss her employees solely at her own discretion. A majority of the Court concluded that a collective agreement had expressly superseded a situation covered by the common law, and the Government had to abide by it.

In the same vein is *Bank of Montreal* v. *Attorney General of the Province of Quebec*, in which the Government of Québec argued that section 49 of the *Bills of Exchange Act* was not applicable to it, as that section required notice of a forged endorsement of a cheque to be given within a year from the date on which the drawer learned of the forged endorsement. This notice was not given, and in doing this the Québec Government relied on the maxim: *nullum tempus occurit Regi*. It also argued that the Crown cannot be liable for the negligence of its officers or employees. These arguments were accepted by the Superior Court and the Court of Appeal in a unanimous judgment which was finally reversed by the Supreme Court, also in a unanimous judgment. The court concluded that the Crown was bound by a banking contract and that in view of this contractual relationship, it was not governed by any special provision in the circumstances. Pratte J. took occasion to note that:

> [S]ubject ... to a limited number of exceptions .... the rights and prerogatives of the Crown cannot be invoked to limit or alter the terms of a contract, which comprises not only what is expressly provided in it but also everything that normally results from it according to usage or the law. (*Id.*: 574)

As the Supreme Court tends to favour the contractual approach in classifying legal relationships, this decision may, in the long run, have considerable influence in preventing the Crown from using a unilateral and legislative type of status to maintain its privileges against others.

---

87. See *supra*, p. 20, a discussion of public enterprises.

Similarly, in a criminal case, *R.* v. *Ouellette*, the Supreme Court had to assess the relevance of the common law rule exempting the Crown from the necessity of paying costs. In a unanimous judgment, the court disputed whether this rule was "as firm and precise as [it is] considered ... to be" (*Id.*: 571), and relied extensively on section 758 of the *Criminal Code* in concluding that in this matter some discretion was left to the judge, a discretion "limited only by what is just and reasonable" (*Id.*: 578).

In another criminal case, the Supreme Court denied the Canadian Broadcasting Corporation the right to rely on its status as an agent of Her Majesty to avoid a charge under the *Criminal Code* (*Canadian Broadcasting Corporation* v. *The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339). Applying the principles stated in the *Langelier* case, the court held that in order to benefit from the traditional immunity of non-applicability of statutes, the CBC had to exercise its powers in a manner consistent with the purposes of the statute, which it had not done when it allowed the showing of a film in breach of the provisions of the *Broadcasting Act* and the regulations made under it. Even more so than the preceding solutions, this decision indicates that the highest court in Canada no longer intends to regard the privileges and immunities of the Crown as having absolute effect, as it formerly did. However, this breakthrough is only relative, if it is read in light of the decision in the *Eldorado Nuclear* case mentioned above. That case raised the same issues, since both of these public enterprises, agents of the Crown, had to answer criminal charges for breaches of certain provisions of the *Combines Investigation Act*. This time, the respondent enterprises were able successfully to maintain the immunity of non-applicability of statutes, since the statute had been drafted in very general terms and the court concluded that they were acting in accordance with the purposes it specified. To the extent that many enabling Acts are drafted in general terms so as to leave organizations and agencies greater freedom of action in achieving objectives of general utility, there is a danger that they will always act in accordance with the law so as to escape the effect of criminal penalties. Therefore, one should not overestimate the progress made by the Supreme Court in this area.

The Federal Court also seems inclined to adopt this sceptical approach toward the privileged status of the Crown, although not without some hesitation, as can be seen from the recent cruise missiles case (*Operation Dismantle* v. *The Queen*, [1983] 1 F.C. 429; [1983] 1 F.C. 745 (C.A.)). The Trial Division allowed an action to be brought for a declaratory judgment that the federal Government's decision on cruise missile testing in Canadian territory was unconstitutional. Although this decision was reversed on appeal on the ground that it was a political question in which the courts could not become involved, it is now likely (subject to any future judgment by the Supreme Court*) that a court will be in a position to determine whether a governmental decision based on the royal Prerogative is consistent with the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (de Montigny, 1984: 167; Murphy, 1984).

---

* Just as this publication was being sent to press, the Supreme Court confirmed the verdict of the Appeal Division and stated that the powers of the Government in matters of defence are subject to the provisions of the Charter (*Operation Dismantle* v. *The Queen*, May 9, 1985, Supreme Court, No. 18154).

The courts of the various Canadian provinces have also taken this limiting approach to the privileges and immunities of the Crown on several occasions. This trend remains that of a minority, however. For example, in a recent judgment of the Québec Superior Court, *Nei Canada Ltd.* c. *Volcano Ltée*, the judge dismissed a motion to strike a subcontractor's lien registered on a Crown building owned by Hydro-Québec. As privileges can only exist on attachable property, counsel in this case relied on the Crown immunity against any form of forced execution, including seizure.[88] This argument was dismissed in reliance on section 14 of the *Hydro-Québec Act*, which states that performance of this corporation's obligations may be levied on its property, which would make the property attachable, even though the section first mentions that it is owned by the Crown. Just looking at the text, therefore, the Crown's traditional immunity from forced execution may be in doubt. Other bastions which might have been thought invulnerable have also fallen. The best example of these is the injunction: the Supreme Court has admitted that Crown agents can be made subject to an obligation to do or not do something (*Langelier*, [1969] S.C.R. 60). Initially, this rule was limited to cases in which the Administration had acted unlawfully; the courts could then prevent it from doing acts which it was not authorized to do. In the *Asbestos* case, the Québec Court of Appeal went further in this direction by accepting simply a possibility that the statute at issue might be invalid as a basis for allowing an interlocutory injunction to prevent expropriation of the applicant. It will thus suffice to allege illegality or apprehended illegality, in order to make the protection enjoyed by the Crown against this type of action very uncertain.

The courts have sometimes been critical of Crown privileges in the common law provinces. On the matter of non-payment of costs, for example, the Crown has been denied preferential treatment in several cases (*Ferguson*; *Gooliah*; *Thibodeau Express*; *Thomas*). This limiting interpretation may even lead to somewhat surprising results, as in the Ontario case of *Marek* v. *Cieslak*. The Public Trustee of Ontario, required to produce certain documents, refused to do so in reliance on the Crown's traditional immunity which he had as an agent under the *Crown Agency Act*. He was denied this on the ground that the Crown was not a party to the action, which may mean that its special status is applicable only in cases where it is directly involved. In the same way, a 1979 British Columbia Supreme Court case follows the interpretation of Pigeon J. in the *Verreault* case and *obiter* takes a limiting approach to the contractual power of the Crown:

> [T]he Crown is bound by a contract made by an agent within the scope of his apparent authority, even though the contract is not specifically authorized by statute or order in council. (*Clark* v. *R. in Right of British Columbia* (1980), 15 B.C.L.R. 311, p. 318)

However, these few decisions do not substantially alter the state of Anglo-Canadian law on Crown privileges and immunities. For the most part, courts in the common law provinces have continued to give effect to these privileges,[89] although the new views expressed by the Supreme Court may have a considerable impact in the long run.

---

88. The immunity of the Crown in right of Canada from seizure before or after judgment is still the rule, as can be seen in two recent cases from Québec: *Brown* c. *Le Collège Manitou*, [1983] C.S. 825; and *Rabeau* c. *Le Collège Manitou*, [1983] C.S. 832.

89. For a recent case in which the Crown was able successfully to assert its privileges and immunities, see *Re Doxtator* (1984), 44 O.R. (2d) 581.

Although this new line of authority seems promising, it is best to avoid at the outset an overly passive approach that prejudges the direction in which judicial supervision will move. Assuming that matters continue on their present course, there will not be any substantial reassessment of existing privileges until after a long and laborious process. Not only does the time needed for such a process seem at odds with the urgency of reform in this area, but there is also the danger that it will eventually lead to piecemeal solutions instead of overall reform. It may be doubted whether judicial interpretation will develop innovative solutions better adapted to the special nature of relations between the Administration and the individual.[90] One may well wonder whether judges, who are still too imbued with private law concepts, will give sufficient consideration to the special requirements of the Administration as an institution which has powers and obligations applicable to it alone. Until recently, this recognition of administrative necessity has consisted in maintaining the privileges and immunities of the Crown.

In all fairness, it must be said that the entire responsibility for this situation does not rest with the judges. The purposes and resources of judicial review are of a different nature and do not exist to redefine the legal status of the federal Administration. It could not be otherwise, since as the result of no academic comment on the subject and the limits imposed by the legislator, the judge often lacks the theoretical tools needed to make major changes. In this sense, it is illusory to believe that a judge can by himself apply praetorian solutions to remedy existing deficiencies. There is little scope for initiatives of this kind in Canadian judicial tradition. While judicial review can apply corrective measures, it cannot provide comprehensive reforms, which are usually the province of the legislator. In view of the importance assumed by law and Parliament in the legal tradition of this country, the legal status of the federal Administration should be governed by a coherent body of legislation. Only a reform of this kind can accommodate the idea of the special nature of the administrative function, which needs to be further developed.

II. The Special Nature of Administrative Action

British public law has clearly evolved in the direction of making the executive branch subject to the general rules of the ordinary law. The origin of this development is essentially historical, since one of the main issues in the conflicts which shook England in the seventeenth century was making the Monarch and his advisers subject to the common law. In the centuries that followed, this impetus to impose rules on royal privileges became a reflex action, so much so that, in our day, any re-examination of the privileges and immunities of the Crown seems to lead inevitably to a return to the general rules of

90. Writers such as Dussault have also not hesitated to question the ability of an ordinary judge to innovate, considering that [TRANSLATION] "his natural caution ... makes him unlikely to discern new solutions for new problems." He deplores in this regard that the courts [TRANSLATION] "have not been able to establish clear rules on judicial review, where there is nevertheless a wide discretion" (Dussault and Patenaude, 1984: 274).

the ordinary law. Both by the nature of its privileges and immunities and by the characteristics of its legal personality, however, the Crown remains a public law entity. Seeking to make it subject to the same legal rules as apply to individuals runs the risk of preventing the development of solutions that are not necessarily determined by the spirit and the machinery of private law. For the purposes of this analysis, such a confusion is not a major obstacle. Our concern here is with the Administration, not with the Crown taken in isolation in its historical context. There is every indication that the traditional approach of public law needs a fundamental rethinking.

There are several reasons in favour of a new type of approach. First, there is the fact that the historical determinism applicable to the evolution of the Crown cannot be confused with the factors affecting and influencing the Administration. The latter is governed by a different logic. Additionally, an analysis of the status of the federal Administration is not really suited to a historico-legal approach. Without denying the weight of history, already mentioned at the beginning of this Paper, one can clearly see that most of the considerations of fact and law determining the nature and the functions of the contemporary Administration are new. A new methodology capable of accommodating the profound changes taking place in the Administration is made necessary, whether by the striking growth of its benefit-granting function or of its planning and management functions. It has changed, and must be thought of in new terms.

The first aspect of this new approach must be a better understanding of the special nature of administrative action. It will only be possible to identify the most suitable legal regime by undertaking an analysis of this kind.

A. Problems in Making Administrative Action Subject to General Rules

For some writers, [TRANSLATION] "to the extent that the State moves beyond the limits of the Watchdog State and becomes the Welfare State, dispensing goods and services, its activity approximates increasingly to that of an individual ..." (Dussault and Borgeat, 1982: 668). Similarly, the Supreme Court recently held that "[t]he more active government becomes in activities that had once been considered the preserve of private persons, the less easy it is to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject" (*Eldorado Nuclear*, [1983] 2 S.C.R. 551, p. 558). The validity of this assumption might ultimately justify making the solutions of the common law or the civil law generally applicable in the area of relations between Government and the individual.

There are many signs pointing in the opposite direction. The Administration is assuming functions and responsibilities which still have no equivalent in the private

sector.[91] This special nature is apparent first from a general review of its functions and second, and more specifically, from the services and benefits offered to individuals. Far from paralyzing any positive development, such an observation favours the emergence of solutions capable of giving more adequate protection to the rights of individuals by taking into account the special features of administrative action.[92]

1. The Existence of Special Functions

In any modernization of the legal status applicable to the Administration, it is essential for future reforms to take account of its specific nature. Since many administrative functions differ significantly from activities governed by private law,[93] the idea of a special legal status for the Administration is not, as such, a strange one. In many cases, it may lead to more satisfactory results than the general system, provided it is not designed to favour the Administration unduly. It is important to begin with the assumption that separate treatment may produce better results because it is better adapted to the objective sought. The farther away Administrative activities are from the process of private law, the more it becomes necessary to devise original solutions. In English public law, recent research has moved in this direction by drawing attention to the impossibility or difficulty of establishing analogies between "the individual relationships" and the Government, the Crown and the State (Winterton, 1983: 410), as in fact all indications are that "special" situations require special rules. This seems particularly true with regard to the maintenance of public order and unilateral action.

(a) The Administrative Police Function

The maintenance of public order accounts for a large part of administrative activities. In Canada, the federal Administration holds vast powers of supervision, seizure, retention, inspection and confiscation which may usefully be taken together to indicate that the

---

91. Private law is taken to mean the rules governing relations between artificial and natural private law persons. Anglo-Canadian writers have given some interesting definitions of it: "Private law might be described roughly as that which covers transactions and interactions between individuals, particularly in regard to property, commerce and the family" (Ison, 1976: 799). On a more subtle distinction between public and private law, see Linden, 1976: 833. See also Harlow, 1980.

92. As Ison has observed, "[i]n its substantive rules, public law has developed to a large extent independently of private law. But in its institutional, procedural and conceptual framework, public law is not sufficiently independent: on the contrary, it has suffered from the intrusion of private law" (1976: 824).

93. As Ouellette recently observed, the State [TRANSLATION] "also exercises functions of public power or functions which are properly governmental, the legislative, jurisdictional and administrative functions, in accordance with the three traditional functions of the State, which have no equivalent or counterpart among individuals or in the private sector: individuals are not responsible for implementing statutes, do not administer prisons, do not issue authorizations or licences, and so on" (1985: 50). In Hogg's writing, the same kind of observation is found:

> The state enjoys extensive powers which are not available to subjects: to collect taxes, to maintain an army, a police force and courts, and to exercise the powers necessary to administer the myriad laws which regulate and provide state services in modern society. In addition, the state enjoys certain privileges or exemptions from the general law of the land. Some of these are necessary to the effective exercise of state powers .... (1977: 163)

nature of the Administration's function falls outside the ordinary law. This function is also exercised through a number of prohibiting and authorizing regimes in all areas of economic and social life. In French administrative law, this function represents the concept of "administrative police."[94] The term "police" is used here to mean the function and not the persons responsible for carrying it out. In the material sense, police means the rational organization of public order through a group of organizations and institutions. Although still generally discounted in the English-speaking countries, this idea is very useful as an accurate description of one of the chief functions of the federal Administration, and there are signs that it is beginning to gain acceptance in Canadian law.[95]

While there is no general theory or completely separate regime for these police activities, the federal Administration has vast powers in this regard. In many areas, it is responsible for maintaining public order, as for example in foreign trade or telecommunications. Since in theory it has a monopoly of the constraint power, it usually discharges this police function by creating exceptional regimes based on authorization or prohibition. Whether these are created by legislation or regulation, it is the Administration which must consider the merits of each particular case, often exercising a wide margin of discretion. The areas so affected are extremely varied, at both the federal and provincial levels: film censorship, liquor and building permits, driver's licences, permits for broadcasting and cable networks, air transport, ambulance operations, the marketing of agricultural products, gaming establishments, the building of dams on waterways and so on. These very diverse examples clearly show that the Administration supervises a large part of economic and social activity.

In exercising this supervisory function, the federal Administration has at its disposal extraordinary powers which do not in any way relate to the legal position of the Crown.

---

94. In French administrative law, this concept of administrative policing is very important in determining what falls within the jurisdiction of the administrative judge as opposed to the activities of judicial policing subject to control by the judicial tribunals. As the French administration exercises many policing powers, general or special, with or without legislative authorization, the determination of what may be a subject of this function is also of great significance for control of the legality of administrative action. See, to this effect, Vedel and Delvolvé, 1982: 161. For a recent summary, see Picquart, 1984.

95. See, on this subject, Issalys, who discusses the powers of economic policing exercised by independent administrative agencies (1983: 846). See also Lemieux, who refers to the [TRANSLATION] "various administrative policing regimes progressively established by the State" (1983). It should also be noted that a British writer, Morgan, has actually used the term "police" in the sense in which it is used here, referring in particular to German administrative law: "The term 'Police' (*Polizei*) has a much wider meaning than in England and extends far beyond the preservation of the peace. Its meaning approximates to the term 'police power' as used by the Supreme Court of the United States, *i.e.* 'public health, public morals, public safety' " (introductory chapter to the text of Robinson, 1925: 68).

These are the powers of inspection,[96] search,[97] seizure,[98] detention,[99] confiscation,[100] sale after seizure[101] and even the imposition of a fine[102] or performance by the Administration itself.[103] The nature of all these powers is that they confer exceptional rights which are directly dependent on the will of the legislator alone, and subject to little or no control by the ordinary courts. In practice, therefore, the Administration has some room for discretionary appreciation in deciding whether there has been a breach of official regulations.[104] As this police activity represents essentially a unilateral action, the procedures used depart considerably from the rules of private law. If such procedures are ultimately a source of damages for the individuals concerned, the implementation of the general rules of civil law or common law may lead to many problems. In view of the complexity of police machinery, the proof of a specific fault may prove to be difficult. Additionally, as police activities are more likely than private ones to result in the commission of a slight fault causing serious damage, the courts have often adopted a more cautious stance, requiring proof of bad faith or gross negligence for the Administration to be held liable. Lacking any presumptions in their favour, individuals may then have to discharge a rather heavy burden of proof. A special system of public law would thus place them in a better position in this regard.

---

96. See, in particular: section 7 of the *Fish Inspection Act*; section 8 of the *Radiation Emitting Devices Act*; section 7 of the *Feeds Act*; section 63 of the *Canada Labour Code*; section 14 of the *Transportation of Dangerous Goods Act*.

97. See, in particular: section 10 of the *Environmental Contaminants Act*; section 36 of the *Livestock and Livestock Products Act*; section 7 of the *Maple Products Industry Act*; section 11 of the *Motor Vehicle Tire Safety Act*.

98. See, in particular: section 8 of the *Forestry Development and Research Act*; section 8 of the *Pacific Salmon Fisheries Convention Act*; section 19 of the *Animal Contagious Diseases Act*; section 17 of the *National Harbours Board Act*; section 111 of the *Immigration Act, 1976*; section 24 of the *Clean Air Act*.

99. See, in this regard: section 63 of the *Cooperative Credit Associations Act*; section 22 of the *Customs Act*; section 22 of the *Harbour Commissions Act*; section 33 of the *Western Grain Stabilization Act*; section 39 of the *Weights and Measures Act*.

100. See, for example: section 10 of the *Currency and Exchange Act*; sections 173 to 244 of the *Customs Act*; section 21 of the *Excise Act*; section 51 of the *Fisheries Act*; section 6 of the *Hazardous Products Act*; section 52 of the *Yukon Act*.

101. See, in particular: sections 44 and 45 of the *Government Railways Act*; sections 23 and 26 of the *Department of Transport Act*; subsection 381(7) of the *Canada Shipping Act*; section 21 of the *National Harbours Board Act*; section 23 of the *Ocean Dumping Control Act*.

102. See, in this regard, section 20 of the *Anti-Inflation Act* and subsection 26(1.1) of the *Northern Pipeline Act*.

103. See, in particular: sections 6 and 14 of the *Navigable Waters Protection Act*; sections 25 and 27 of the *Telegraphs Act*; subsection 4(2) of the *Wages Liability Act*; section 17 of the *Expropriation Act*; subsection 30(1) of the *Northern Pipeline Act*; section 15 of the *Transportation of Dangerous Goods Act*.

104. This discretionary power is often criticized, as shown by Lareau, 1984 in a recent article.

(b) The Power to Act Unilaterally

In a more general perspective, unilateral action, the characteristic method used by the Administration, involves a whole series of principles which apply only to the Administration. These rules constitute one of the principal bases for the special nature of administrative law.

The unilateral action, whether individual or general, gives the Administration an opportunity to alter the state of the law without the consent of the parties concerned. This procedure has not developed in private law, where in general individuals cannot unilaterally impose their will on others (Tancelin, 1975: 172). Further, the unilateral act does not assume the existence of a prior legal connection, such as a contractual or user relationship. The Administration may unilaterally alter the rights and duties of individuals with whom it has no special relationship. Although there are many conditions on the use of regulations (Dussault and Borgeat, 1984: 452), nevertheless such a procedure is, strictly speaking, extraordinary.

In order to differentiate administrative from private law and thereby confer legitimacy on it, it is sometimes tempting to postulate radical differences between these two areas of the law. The dividing line would depend on the nature of the bilateral and consensual private law act on the one hand, and the unilateral and imperative administrative act on the other. The absolute predominance of the will of one party over the other has often been a means of defining certain fundamental concepts of administrative law. It is thus possible, in the search for a systematic arrangement, to object too strenuously, neglecting to take into account certain factors as a result of which differences between the concepts of contract and unilateral action become extremely tenuous.[105] For example, some acts which have the external appearance of a contract are in fact regulatory processes. Conversely, a regulation may lose a large part of its unilateral nature by becoming subject to approval by those concerned. A method or a process should thus not be associated too exclusively with one area of the law. This is especially true for administrative law, where the technique of contract has always held an important place. On the other hand, it has to be acknowledged that private law is not an area in which many unilateral processes are to be found. These are largely the monopoly of the executive branch, and may thus serve to illustrate the special nature of an institution such as the Administration. Without distorting the complex reality of relations between the Administration and the individual, the ability to act unilaterally does indeed seem to be one of the fundamental characteristics of administrative action.

Relations between the two parties concerned are thus fundamentally unequal. One claims to be acting in the general interest or for public purposes, and so imposes its will unilaterally on the other. It is difficult for private law to accommodate this disequilibrium, since it assumes that the parties are equal. For example, it is difficult to apply the ordinary

---

105 French administrative law has taken account of this development by formulating the concept of a mixed act. See, in this regard, Madiot, 1971.

rules of tortious liability so as to hold the Government liable for damages resulting from the exercise of regulatory powers. In *Welbridge Holdings Ltd.*, the Supreme Court considered this problem by excluding the regulatory functions of a municipality from the scope of liability (see also, the *Fafard* case). There are thus "public authority acts" (*actes de puissance publique*) for which the Administration enjoys complete immunity (Garant, 1985: 916). Does this mean that the power to command, regulate and take action by authority implies a power to issue orders which cannot be the subject of monetary compensation? Without compromising the freedom of action of governmental bodies, special systems of liability could help to mitigate the undue severity of this rule. This would produce a happy compromise between the necessities inherent in the regulatory function and the no less important necessity of not causing excessive damage to individuals. Such antithetical entities cannot be satisfactorily reconciled within the limits of the ordinary law.

2. The Special Nature of the Benefit-Granting Relationship between the Administration and the Individual

Both by its use of certain legal techniques and by the special nature of its functions, therefore, the Administration may in general be distinguished from the world of private law. Is the same true, at a lower level, of the services and benefits provided by the Administration? Are there not indications of a growing similarity with private enterprise? This parallel is to some extent justified by the use in the Administration of management methods originating in private enterprise. This also reflects a trend towards making the idea of a benefit or service more consistent in circumstances in which some public actions have a more markedly commercial aspect. In a culture geared to mass consumption, having an X-ray taken in a hospital can be like going to the movies. While one can understand this parallel in observing social phenomena, however, there is little basis for its general application in administrative law.

Certain services provided by the Administration are unquestionably industrial and commercial in nature.[106] Petro-Canada is undoubtedly the best illustration of this. Similarly, the Air Canada board of directors "shall have due regard to sound business principles, and in particular the contemplation of profit" (subsection 7(2) of the *Air Canada Act* of 1977). However, these profit-making activities represent only a small part of the Administration's total activities, which are essentially determined by considerations of the general interest, in which profit plays no part. Even in the case of Petro-Canada, the profit role is limited if we consider the "national interest" objectives stated at the beginning of the Act (section 3 of the *Petro-Canada Act*).

In the majority of cases, services and benefits provided by the Administration differ considerably from those provided by private enterprise. Paradoxically, individuals find themselves in the position of creditors to the State. As their rights are often guaranteed

106. See *supra*, p. 20, our comments on public enterprises.

by law, the Administration is in a sense in the position of a debtor, its role being limited to delivering the service on the individual's request. This evolution is made more significant still by the receptiveness of the courts to applications for injunctions by user committees to terminate strikes regarded as illegal. The position of the judges is based on the fact that these persons have very important rights opposing any interruption in operation of the service by a work stoppage.[107] In *The Queen in the right of Canada* v. *The Queen in the right of the Province of Prince Edward Island*, the Federal Court recognized that the federal Government had been in breach of its duties by failing to take the necessary action to provide a ferry service between Prince Edward Island and the mainland.[108] Although this cannot be the basis for a general rule, it would seem, therefore, that users of a public service have rights in relation to the State. This is dealt with in paragraph 36(1)(c) of the *Constitution Act, 1982*, which states that "... the government of Canada and the provincial governments, are committed to ... providing essential public services of reasonable quality to all Canadians." The Administration thus has duties which exist independently of any contractual or special relationship.[109]

In the absence of a contract, individuals have no right to require a private enterprise to operate. Even in the case of a monopoly, private enterprise has complete freedom to alter the nature of its activities, just as it may suspend its operations. If a contract is signed, it can often do so if it pays compensation or an indemnity. In many respects, user-consumers have different rights depending on whether the party they are dealing with is private or public.

Despite the formal recognition of certain rights, individuals are still not in a position of equality in their relations with governmental bodies:

> [TRANSLATION]
> Even if the State is in the position of a debtor, it is still the State, and still enjoys the prerogatives of the public authority: it is responsible for deciding on how it will discharge its debt, and may impose its decision on the individual. (Vedel and Rivero, 1980)

In many cases, the Administration does actually have certain options as to the form which the services it provides to the public will take. It has a duty primarily as to the means, not the end result. The most an individual who wishes to obtain a benefit can hope for

---

107. In October, 1982, Gonthier J. of the Québec Superior Court authorized a temporary injunction to be issued to end the threat of an illegal strike at the Saint-Charles Borromée Hospital, at the request of the Comité provincial des malades du Québec. This case is similar to one in 1979 involving the same institution, in which an action by patients for leave to sue for damages was also allowed (*Lapointe* c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Charles Borromée*, [1979] C.S. 1119, affirmed [1980] C.A. 568).
On the obligation to maintain service, see also *Ville de Laval* c. *Fraternité des Policiers de Laval*, April 6, 1981, C.S. de Montréal, No. 81-546. On the rights of recipients of health and social services, see *Poirier* c. *Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511.

108. This finding was based in part on infringement of federal-provincial agreements, and not merely on disregard of the rights of users; however as the purpose of these agreements was to grant a right of way to Prince Edward Islanders, there was really a breach of users' rights. On obtaining damages for interruption of essential services, see Brown and Lemieux, 1979: 790.

109. It is rare that the administration has a privilege excluding liability for a failure to provide a public service. See, for example, section 26 of the *Northern Canada Power Commission Act*.

is that the services will be provided at a suitable level of quality. He can expect that there will be unforeseen modifications as to the personnel responsible, the location and the nature of the equipment used. In addition, he will often have to comply with the internal rules of the department in question, ranging from a simple smoking prohibition to the wearing of special clothing. In order to obtain a service, he may be subject to various constraints, and these internal rules may even be imposed on him away from the premises used by the Administration (this is the case particularly with formalities governing certain requests for material or financial aid). The relationship between the Administration and users can thus be fraught with special requirements without individuals having any real opportunity of consenting to these internal rules. They must obey, in the fullest sense. In a commercial relationship under private law, matters assume a very different aspect. The individual usually has much greater freedom of action as to the business he deals with and the conditions on which the service is provided.

In these circumstances, there are difficulties in analysing the legal relation between the Administration and the user as a contractual relationship.[110] In a similar context, Baudouin has said that, in reality, the freedom to enter into a contract is purely illusory, since the contracting party cannot do without an essential service. This observation leads him to reflect on the fact that the individual may leave [TRANSLATION] "the field of contract and fall into that of the institution or statute" (1983: 53). The conditions on which a public service is provided may not even constitute an offer made by the Administration, as it were, for acceptance by the public.[111] As individuals have no choice in obtaining administrative services, they are in reality placed in a situation governed by the statute and regulation.[112] The meaning and scope of administrative regulation cannot be understood in terms of contract in circumstances where there is an important disparity between the parties. The most recent research suggests that one should now speak of giving the rights of users in relation to the State a public law content (Lajoie, Molinari and Baudouin, 1983: 679).

However, the Supreme Court appears to have ignored this fact, as can be seen in *Labrecque*, where Beetz J., speaking for the court, said that in qualifying

> a given legal relationship in public law, the jurist of the Anglo-Canadian tradition must necessarily carry out this function with the concepts and rules of the ordinary law, unless statute or prerogative require otherwise. ([1980] 2 S.C.R. 1057: 1082)

---

110. In French administrative law, the contractual approach is rejected in favour of concepts such as tax and duty. See, in particular, DuBois de Gaudusson, 1977. For a virulent criticism of the contractual approach, see Duguit, 1929.

111. In Québec in particular, academic writers regularly refer to the concept of the standard form contract, in which one of the parties loses the right to negotiate his obligations freely, all the conditions of the contract are imposed on him in advance and his only alternative is to refuse to enter into it. In this regard, see Azard, 1960: 347, who says however that [TRANSLATION] "the standard form contract tends to resemble a regulation." Similarly, see Popovici, 1974: 173 and Crépeau, 1974: 70.

112. A research group at the University of Montréal recently concluded that the right to health and social services [TRANSLATION] "now derives its source from statute, not contract." They noted that [TRANSLATION] "the contractual framework is from a technical standpoint no longer a valid way of explaining the legal relations, since the hospital can now neither refuse to provide care and services nor fail to carry out care and services medically prescribed" (Lajoie, Molinari and Baudouin, 1983: 722).

Although this case concerned the legal status of casual employees in the Québec civil service, and not the nature of a benefit-granting relationship, it is nevertheless symptomatic of an exclusive reliance on the general rules of the ordinary law in making a legal classification of relations between the Administration and the individual.[113] This approach is in fact very questionable. The creation of a system better adapted to the nature of administrative action does not mean strengthening the Administration at the expense of the individual. It simply constitutes a recognition, in law as in fact, that most of the Administration's services and activities differ appreciably from the private sector. Making them subject to the rules of the ordinary law is thus liable to give insufficient attention to many requirements inherent in the organization and functioning of the public sector. In this connection, too much importance should not be placed on legal analysis at the expense of the facts which directly determine a legal relationship. For example, is the contractual approach in *Labrecque* still admissible if the working conditions of employees in the civil service are determined essentially by a unilateral decree, even though the act of hiring a civil service employee still has the outward appearance of a contract?

In relations between the State and the individual, there are still significant disparities for which the existing law provides no remedy. This maladjustment is sometimes the result of a too widespread belief in the ability of the civil law or the general rules of the common law to protect the individual adequately. In order to establish a better balance between the forces concerned, it would be useful to recognize that the Administration is sometimes subject to greater constraints than under the ordinary law. It has to be realized that administrative law offers the Administration both advantages and disadvantages. Thus, [TRANSLATION] "exceptions to the ordinary law are not made in one direction only, but in both directions, opposing each other, plus and minus" (Rivero, 1953: 289). In some cases, the public interest may justify the existence of certain prerogatives, while conversely, benefits granted to private individuals may be denied in other cases. The federal Administration must take into account limitations unknown in private law such as matters involving jurisdictional and procedural rules, for the purposes of administrative action, in management of the public domain, as well as the many budgetary constraints limiting its contractual freedom. In this regard, the special nature of administrative law assumes its full meaning as a reason for creating exceptional regimes to handle situations which are manifestly outside the limits of everyday private relationships.

B. The Advantages of Special Legal Regimes

If this concept of an exceptional system of law is correctly understood, the safeguards available to individuals in dealing with the Administration can be significantly reinforced. The existence of certain specific regimes would provide better safeguards for the rights

113. The Attorney General of Québec had argued, *inter alia*, that "relations between the State and the civil servant are therefore not a contractual nature; they result from a unilateral act of public authority by which the State appoints the civil servant to his position in accordance with previously established general conditions, and thereby confers on him a status which is peculiar to him ...." (*Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, p. 1080). It is interesting to note in the passage this reference to the idea of *puissance publique*, which the English text inadequately translates as "public authority," and which suggests a desire to clarify the exceptional nature of certain means of action available to the administration.

of individuals by providing solutions adapted to their particular situations. This type of solution appears to correspond to recent trends, judging from the adoption in 1982 of the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*.[114] In a similar way, to understand better the nature of the reforms which might be considered, it may be worth examining two areas in which the federal Administration still enjoys privileges associated with the legal position of the Crown, those of tortious liability and execution of judgments. The discussions of these two points are only working hypotheses, and as such, are not meant to produce definitive conclusions as to the nature of the changes which could be considered. In addition, to get a better idea of the contemporary significance of special relationships between the Administration and the individual, it seems necessary to go beyond the purely curial area and examine the importance of non-curial guarantees.

1. The Benefits of More Suitable Rules of Tortious Liability

With the adoption of the *Crown Liability Act* in 1953, the maxim "The King can do no wrong" now has only limited application. The traditional immunity of the Crown in this area nonetheless continues in theoretical terms, subject to the modifications made by "the 1953 Act" and the existence of immunity provisions in particular statutes.[115] A general reform better suited to the direction in which contemporary law is moving seems essential. The complexity and confusion which are characteristic of the present situation require that a simpler and more consistent system be adopted.[116] It also seems essential that such a system should be better adapted to certain types of damage or damaging acts for which it is at present difficult to obtain compensation. Among other things, consideration should be given to the possibility of handling applications more rapidly and more simply. On this particular point, it would be better not to rely solely on the good will of the Government in deciding to compensate victims of delicts and quasi-delicts, as provided in the Introduction to Chapter 525 of the *Treasury Board Administrative Policy Manual*:

> When it is considered appropriate as a wholly gratuitous act of benevolence done in the public interest, the government may compensate an employee or other person ... although there is no liability on the part of the Crown to do so.

This procedure is better known as an *ex gratia* payment. It applies particularly to damages for which "the 1953 Act" provides no remedy. Leaving compensation dependent solely on the discretion of the Government is not acceptable for the settlement of actions which may seem justified. This policy offers advantages, however, in achieving an out-of-court settlement to avoid litigation. The existence of an informal practice of this kind shows that there are in fact deficiencies which administrative authorities have tried to remedy.

---

114. This legislative reform gives effect to Report 8 of the Commission, entitled *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada* (L.R.C.C., 1977).

115. There are many such immunities in federal statutes (about eighty different provisions). To give only one example, the *Federal Court Act* provides, in subsection 43(7), for complete immunity regarding anything which involves ships owned by the Canadian Government or a province.

116. This was the principal conclusion of the various addresses given at a seminar held in Ottawa in September, 1984, on the extracontractual liability of the Crown. See, in particular, Ouellette, 1985 and Tassé, 1985.

The effectiveness of this practice should first be examined; then the possibility of giving it official status should be considered. A manual cannot in itself constitute a tangible safeguard making such a reform unnecessary.

Making the Administration and the Crown subject to a single system of liability may be considered in various ways. One alternative could be an extension of the ordinary law applicable to private parties. On the other hand, some have argued that [TRANSLATION] "there are situations in which private law solutions are less than adequate" (Côté, 1976: 826). This feeling that the general legal system is not well suited to certain special situations may ultimately result in a more thoroughly modern approach.

The essential principle proposed by "the 1953 Act" is that the Crown should be treated as an individual in connection with the relationship of subordination between master (the Administration responsible for the operation of a department) and servant (the subordinate who is acting in the course of his duties). It is a system of liability based on the concept of individual fault. The damage must have been caused by the negligence of a given person, an officer or public servant. The wrongful act committed by an artificial public law entity thus appears as an individualized event associated with the action or inaction[117] of a particular natural person. This requirement seems to be connected with the fact that the Crown can only act through agents or servants. Some writers have argued that this requirement, that the fault must be the act of an individual, only makes the Crown liable under "the 1953 Act" if its activities can be treated in the same way as those of a private person (Ouellette, 1985). The personalization of the standard of fault is in accordance with accepted theories of liability in private law, which trace the existence of fault to a personal act, the act of another or the act of a thing (Baudouin, 1973; Law, 1982; Lawson and Markesinis, 1982; Linden, 1982). Only in the cases of ownership, occupation, possession or control of property does paragraph 3(1)(*b*) of "the 1953 Act" recognize the principle of direct liability by the Crown.

This depersonalization of the concept of fault, recognized for property, seems to correspond more closely with the nature of administrative activities. Surely the Administration is an organic whole, an institution, an organized body, even more than it is a group of individuals.

This excessive reliance on the direct or indirect action of an individual seems largely inappropriate to the complex and anonymous operations of the contemporary Administration. It is often difficult to establish precisely the identity of the employee who has committed a fault, which often results from a mistake attributable to a whole department. It would therefore be advisable to recognize that it may not be possible to separate a fault physically from the activity of a department, unless the officer or officers responsible for the damaging act can be definitely identified. In this sense, fault would be a failure to perform the obligations of the department: delay, failure of performance, misinformation (Pelletier, 1982); abstention, a deficiency in organization and operations, an error

117. There is an increasing tendency to allow damage suits for governmental inaction, although there is no unanimity on the point. See, in particular, Brown and Lemieux, 1979.

in material operations, the adoption of an illegal decision, illicit actions, the fault of incompetence. It should be weighed objectively with reference to the normal operations of a modern Administration. If it is the department as a whole which has been in error, there is little point in trying to identify the employee responsible by name.

> [TRANSLATION]
> It can be said that an accident is usually the occasional or unforeseeable result of the entire work process, that all those involved are thereby concerned in bringing it about and accordingly in compensating for the resulting injury. There is thus no basis for identifying an individual culprit, apart from exceptional and flagrant cases of spite or sheer negligence.[118] (Donzelot, 1984: 131)

Such a reform would not be a complete novelty, since in any case under the present system it is the Administration which is finally responsible for the wrongful acts of its servants. Logically, the process of historical development begun with "the 1953 Act" should culminate in directly recognizing the responsibility of the Administration alone. To this end, the personal liability of an officer should be limited to cases in which he acts beyond the scope of his duties or, if he has not in fact exceeded the limits of his authority, where he has been clearly and intentionally in breach of the duties of his position. However, there is nothing to prevent the liability of both parties, the Administration and the employee being severally liable for their respective faults.

Such a change would make it possible to simplify liability suits against the Administration and would increase the safeguards available to individuals. It would also be in keeping with the technological and impersonal nature of the contemporary Administration.[119] A recent case offers us a timely opportunity of drawing attention to the advantages that may be expected from this approach.[120] Several businesses in Québec and New Brunswick which were involved in the production and marketing of potatoes recently alleged that they had sustained great damage as the result of an error by Agriculture Canada. After obtaining a certificate of quality from that department, these businesses had mounted an ambitious programme to market a new type of potato. This potato was carefully examined by Agriculture Canada inspectors, and the latter had no hesitation in publicly confirming its quality and superiority. The businesses in question reaped crops of it in the summer of 1980 and 1981. However, in the fall of 1981, Agriculture Canada informed them that the potato had been declassified "because it had a disease producing

---

118. In his comments on the legal consequences of misinformation provided by the administration, Pelletier properly canvasses the possibility of [TRANSLATION] "a conclusion that the public administration is at fault once it is possible to objectively establish misconduct in a public department" (1982: 403).

119. In terms of theory, the present system does not clearly express the idea that it is difficult to treat administrative activities as subject to the general rules of the ordinary law. As Dussault observes with regard to the present system, [TRANSLATION] "the complex structure of the administration both federally and in Québec and the nature of its activities, which are often different from those of individuals, have impeded outright application of the private law system of liability as a means of penalizing wrongful and damaging acts by the government" (1974: 1434).

120. An article in *Le Devoir* of April 7, 1983, mentions proceedings for 8.7 million dollars against Agriculture Canada. Although this case is now *sub judice*, it can be used as an example without in any way prejudging the outcome on the merits.

a bacterial wilt which made it unsuitable for potato seeding." As the result of statements and articles published in the newspapers, some of these businesses had to close down, and others sustained serious financial losses and damage to their reputation as suppliers. Even so, on several occasions they asked Agriculture Canada to revise its decision. Finally, the department allegedly admitted, long after the financial problems of these businesses had developed, "that the potato in question was not a carrier of disease and was probably not the one allegedly found to have been affected by the bacterial wilt."

Even taking the facts alleged as proved, one is left with the possibility that proof of fault attributable to an employee of the department might be long and complex. The departmental units and government employees concerned in the operation of Agriculture Canada are a tangled web not easily unravelled. If *ex hypothesi* fault could really be attributed to Agriculture Canada, what would be the point in sifting the entire operations of the department in order to find the guilty party? Fault is often the work of an entire group, and trying to determine whether it was committed by a laboratory technician, an inspector, an administrative assistant, a consultant, an analyst or a commissioner is then useless. Moreover, it is often difficult to trace the incorrect decision to a particular person. The division of responsibilities and the participation of several hierarchical levels in making the decision often precludes individual assignment of responsibility. In many cases, the making of the decision represents the culmination of a long internal process in which many employees were involved. It is ultimately unimportant whether one or another of them was at fault. In connection with the possibility of reform, therefore, some consideration should be given to the advantages there may be in simply recognizing that there has been a fault, which can be attributed solely to the operations of a departmental unit.

This recognition of the special nature of administrative action could eventually lead to other important reforms. In this regard, it may be advisable to consider making greater use of the idea of no-fault liability based on the concept of risk. Many administrative activities are overwhelmingly larger than private undertakings. We need only mention such large public works as gas and oil pipelines, hydro-electric dams, nuclear reactors, power lines, highways and railways, airports, bridges, port facilities and locks, and so on. Such exceptional undertakings should also include scientific experimentation and everything involving the armed forces. In the various phases of construction and operation of these public works, it is possible without exaggeration to regard them as special and atypical. Their very size is a source of risk. Without there being any fault or negligence on the part of the Administration, they may objectively cause damage because they represent dangerous activities or because they exceed the usual relations between neighbours.[121] For example, the laying of a tunnel in an urban area may unsettle and produce cracks in buildings in an entire district. In such a case, provision could be made for an indemnity based on the idea of fortuitous risk rather than trying to identify fault by the

121. Pelletier observes in this regard [TRANSLATION] "that the civil law concept of fault is too narrow to cover all possibilities of fault in the public sector" because "the modern State has extended its intervention into sectors of activity which are increasingly different from those of individuals" (1982: 364).

Administration in the quantity of explosives used or in its analysis of the geological structure of the land. Under such a system, it would be recognized that the State engages in activities which create "exceptional" risks.

The basis of the theory of risk is the idea that an activity that generates risk to another makes the perpetrator of the resulting damage liable without it being necessary to consider whether he was at fault.[122] A direct link of cause and effect is established between the damage and the activity in question. It would be a system of objective liability which would be [TRANSLATION] "easier to apply in practice and less onerous for the victim of the damage, who no longer had to prove fault" (Nadeau, 1971: 44). This theory has been given *de facto* recognition by legislation to compensate the victims of industrial and motor vehicle accidents (Baudouin, 1973: 46; Garant, 1985: 886). There is also a measure of social justice in not requiring the victim to bear the burden of an anonymous accident. An improved understanding of the public works concept could lead to greater use of this no-fault liability idea so as to provide better safeguards for individuals. The Administration would thus have to compensate individuals for the exceptional risks to which they are exposed by damage that may occur without any breach of a specific duty.

Although as they stand at present the civil law and the common law make only very limited use of the concept of no-fault liability, the courts have sometimes had to resort to this theory in order to avoid injustice. This occurred in a Québec case where a child was the victim of viral encephalitis, with disastrous consequences, as the result of a vaccination performed by a public health nurse as part of an immunization programme administered by the Government. The Superior Court (reversed in the Court of Appeal) applied the principle of no-fault liability resulting from a situation of necessity in accordance with article 1057 of the *Civil Code*.[123] In particular, the judge observed that in the case of a necessary vaccination from which the community may derive many economic benefits, it is only to be expected that the latter must bear the risks inherent in this kind of operation. The *Manitoba Fisheries Ltd.* case decided by the Supreme Court also appears to take the same approach. Since the *Freshwater Fish Marketing Act* granted a federal body a commercial monopoly in the export of fish from Manitoba, the judges agreed that the appellant should be compensated for the loss of its good will as a result of the passing of this legislation. The court's reasoning was based on the principle that the Government cannot take property without compensation (by analogy with the provisions for compensation following expropriation), which in fact amounted to recognizing a type of liability where the concept of fault is not involved. Although such decisions still carry little weight, the courts are tending to look at the problem of the Government's tortious liability in a new light.

---

122. Nadeau, 1971: 43. In common law, this theory exists as well for certain kinds of damages giving rise to strict liability. The landmark case is *Rylands* v. *Fletcher* (1868) L.R. 3 H.L. 330. See, in particular, the thoughts of Linden (1977).

123. The Supreme Court has recently upheld the decision of the Court of Appeal: *Lapierre* v. *Attorney General of Quebec* (April 4, 1985, No. 18141).

These examples clearly demonstrate that there are fortuitous risks inherent in the normal operations of any modern Administration. Both the concept of individual liability and that of fault seem singularly inappropriate for providing adequate compensation to the victims of certain damage caused in the course of administrative activities. To the extent that such damage occurs in the course of operations which are for the general welfare, it may be argued that as a matter of elementary justice a single individual should not be unduly penalized to benefit the community as a whole. In view of this, serious consideration should be given to the possibility of taking this trend to its logical conclusion. If the concept of fault on an individual basis no longer fully corresponds to the new dimensions of the Government's operations, the creation of a system of universal compensation of the kind which has long existed for accidents in the workplace should be given careful consideration for damage caused in connection with a federal administrative activity. This is an approach which quite naturally forms a part of administrative law, since it undoubtedly requires the creation of a special system which applies much of the machinery of public law. The advantages of the insurance method could thus be used in new ways to remedy the costs and delays of the present system. Such an innovation deserves serious consideration, since with its adoption many types of damage could be covered, including those for which there is still no right to compensation owing to the exercise of the royal Prerogative. Since the "Service State" is primarily an instrument for the transformation of society, its tortious liability should also conform to purposes of the same kind by rapid and inexpensive compensation for damage occasioned in promoting the welfare of the community.

The exact nature of this change is ultimately not important, since even before such considerations the need for a fundamental re-examination is being felt increasingly by the legal community. As Ouellette recently observed:

> [TRANSLATION]
> The time has undoubtedly come to undertake a fundamental analysis of the basis for administrative liability, and to develop a complete and consistent system of public liability ... in keeping with social justice and offering carefully thought out, equitable solutions to the problems of Crown liability and the personal liability of public officers. (1985: 66)

2. Uncertainty Regarding the Execution of Judgments

This expansion of the ordinary rules of liability would definitely be incomplete without a modernization of the rules relating to the execution of judgments. It is one thing to obtain a judgment against the Administration: that judgment must still be carried out. In this area, the Administration, by its association with the position of the Crown, benefits from a much wider immunity than in the area of liability. Subsection 17(1) of "the 1953 Act" provides that "[n]o execution shall issue on a judgment against the Crown ..." (see *supra*, note 115). Section 6 further provides that "[n]othing in this Act authorizes proceedings *in rem* in respect of any claim against the Crown, or the arrest, detention or sale of any Crown ship or aircraft, or of any cargo or other property belonging to the Crown, ..." These provisions were reinforced by subsection 56(5) of the *Federal Court Act*, which provides that "[n]o execution shall issue on a judgment given by the

Court against the Crown." This privilege of non-execution applies specifically to cases of forced execution or execution in kind. It is indirectly reinforced by subsection 17(2) of "the 1953 Act," which essentially leaves the execution of a judgment solely to the discretion of the Administration.[124] In Canadian public law, the execution of a judgment against the Administration in theory remains a rather uncertain matter, although the Government generally abides by the orders of the courts. At this time, it is still very difficult to obtain precise information on the federal Administration's practice regarding the execution of judgments. Although this practice may be regarded as positive, it would be better to embody in legislation what to date is only an intent stated in a circular (see *supra*, p. 64).

From the theoretical standpoint, the non-execution of judgments is actually much more complex. The Administration can counter the verdict of a judge in various ways, without an outright refusal to give effect to his judgment. In particular, it may resort to regularization, either by adopting the vacated act or validating it by legislation. It can also, by dilatory proceedings, unilaterally modify the position of the opposing parties so as to nullify the final judgment. This problem of the "administrative revision" of judgments is attracting more and more interest in academic circles, and many examples are cited both in the United Kingdom and in France (Braibant, 1961; Harlow, 1976). In the particular case of Canada, one suspects that similar practices exist or may have existed (Lemieux, 1981: 160). A recent Federal Court judgment concerning persons whose property was expropriated for Mirabel Airport shows this very clearly (*C.I.A.C.* v. *The Queen*, July 12, 1984, Federal Court of Appeal).

The individual, on the other hand, has only very limited means of response. Among the passive remedies, he can always attempt to rely on the authority of *res judicata* or use a declaratory judgment. He may respond actively by the contempt of court proceeding or by a mandatory or prohibitory injunction, although the availability of such a remedy may be somewhat uncertain as the law stands at present. The latter proceeding demonstrates the incoherence of maintaining the present immunity from execution of judgments. If the courts are increasingly prepared to grant injunctions against the Crown,[125] how can the denial of any form of constraint in the execution of judgments be justified?

Accordingly, some readjustment seems necessary to correct this situation; however, here again, the problem of subjection to the ordinary law is raised with equal force. Some proceedings seem, by nature, to be difficult to apply to the Administration. For example, the recent recognition of the principle of garnishment against the Crown (*Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*) does not really seem to be a major change, in view of the many procedural privileges created in favour of the Crown. Section 18 provides

---

124. It states that "[u]pon receipt of a certificate of judgment against the Crown ... the Minister of Finance may authorize the payment ...."

125. Strayer, 1964; Pépin and Ouellette, 1982: 361. See also: *Société Asbestos Ltée* c. *Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342; *Bourgault* c. *Société centrale d'hypothèque et de logement*, [1973] C.S. 501; *Association espaces verts du Mont-Rigard* c. *L'honorable Victor Goldbloom*, [1976] C.S. 293; *Le Conseil des Ports Nationaux* v. *Langelier*, [1969] S.C.R. 60.

that "[n]o execution shall issue on a judgment given against Her Majesty in garnishment proceedings permitted by this Part." Similarly, other provisions provide for special delays or formalities benefitting the Crown. Somewhat paradoxically, the abolition of an immunity from execution may be done only by reference to the exceptional and separate nature of the Crown's legal status. Despite its importance and value, this reform is not entirely satisfactory if individuals are still liable to encounter special rules and immunities in asserting this new right. It would seem preferable to revise along modern lines all rules of forced execution against the Crown and administrative bodies associated with it. If the principle of seizure has been recognized, what justification can there be for maintaining other immunities in this area?

The limited nature of the changes introduced by the new Act on garnishment is not an accident. The conviction that the Crown is necessarily different applies most strongly in the area of forced execution and execution in kind. For example, seizure of real property presents considerable practical difficulties besides directly infringing the principle of the inalienability of the public domain used for general purposes. Even from a more modern standpoint, there must be some question as to the advisability of making the Crown and many other administrative bodies subject to forced execution. If their property of all kinds ultimately belongs to the entire community, can even the valid concerns of a single individual prevail over the public interest and the need for the Administration to function effectively? The seizure of movable property of the Administration could paralyze an entire service. The resulting interruption in the operation of a public service could adversely affect other members of the public.

In view of these problems, it appears less than desirable simply to make the Administration subject to the traditional rules of private law governing the execution of judgments. Some thought should therefore be given to creating a specific system along very simple lines. Individuals should not be required to initiate new actions, with all the difficulty and cost that may represent. Some other innovative method of compulsion might be visualized, unlike the usual panoply of forced execution procedures. For example, by the use of a very simple proceeding to obtain a warrant that may be automatically executed against the Consolidated Revenue Fund, the Administration or even the Minister responsible could be ordered to pay a fixed amount for each day of delay in giving effect to the judgment. Such a remedy would be especially appropriate where the Administration was refusing to comply with a judgment directing it to do or not to do something. In the case of orders to pay money, the judgment could be automatically executory. In this regard, the techniques adopted abroad may provide useful alternatives to explore in developing new solutions.

The reforms carried through in France by the law of July 16, 1980 (Baraduc-Bénabent, 1981; Linotte, 1981; Tercinet, 1981) are of undoubted interest, since before that time France was in a situation comparable to that now existing in Canada. Similarly, California seems to be moving towards important reforms in this area, judging from the recent recommendations of that State's Law Revision Commission (California Law Revision Commission, 1980). The other English-speaking countries should also be carefully scrutinized, although at the moment there is nothing to suggest the likelihood of reforms on this matter.

3. The Need for Non-Curial Safeguards

Many privileges and immunities enjoyed by the Administration through the Crown apply only in connection with legal proceedings before the courts. The phrase "Crown proceedings" refers to special rules applicable in the courts. There is thus a real danger that this research will be misled into taking a purely curial viewpoint, related to the legal position of the Crown.

An improvement in relations between the Administration and the individual should not be limited simply to curial safeguards. Judicial review applies only to the smallest part of the general relations between the Administration and the individual. Such relations will ordinarily exist in a non-curial context, as when individuals apply for financial aid in the form of scholarships, loans or grants, and even more obviously in applications for authorization in the form of permits, licences or patents. Similarly, the considerable increase in the volume of benefits granted by the Administration shows the extent of such relations quite apart from any curial considerations. Special regimes adapted to the specific nature of these relations could enhance the rights and safeguards of individuals.[126] A good example is the requirement that reasons be given for decisions affecting a particular individual. This would provide a system subject to administrative law rules specifically, the purpose of which would be to require the Administration to disclose the considerations of fact and law that led to its decisions.

Without anticipating the direction that will be taken by future research on the tortious liability of the Administration, we should note that this area also offers interesting possibilities for rights of a non-curial nature. The United States *Federal Tort Claims Act* emphasizes measures designed to encourage settlement by mutual agreement. These measures precede the start of curial proceedings, which can only begin when negotiations between the administrative body responsible for the damage and the person injured have broken down. By filing an administrative proceeding against the administrative body concerned, the individual can thus expect to save time and money in establishing the merits of his claim. It will also be in the interests of the Administration to arrive at an amicable settlement of the case. This procedure would appear to be very useful for claims limited to small amounts.[127] A non-curial proceeding could thus be more satisfactory than direct resort to the courts, despite the contending interests involved.

The recent evolution of administrative law indicates that this idea of non-curial safeguards is steadily gathering strength. The *Access to Information Act* is certainly the best illustration of this. Creating new rights favouring the individual, this legislation establishes the principles of "open Government," "publication of official documents" and "access to government files." In the same breath, section 3 in the introduction repeals

126 In other areas of law, there is a growing interest in various nonadversarial ways of resolving disputes. For examples in the consumer business field, see, in particular, Laboratoire de recherche sur la Justice administrative, 1982, 309-416. Concerning criminal law, see also L.R.C.C., 1975.

127 The American statute imposes no limit on the amount of such claims.

section 41 of the *Federal Court Act*, which stated the rule of administrative secrecy in the courts on the filing of a simple affidavit by a Minister of the Crown. The rules governing disclosure of such documents in the courts have now been replaced by the more general rules contained in the new Act and by sections 36.1 to 36.3 of the *Canada Evidence Act*.[128] The new provisions are based not on the Crown's legal position but on a new system favouring the individual, who can exercise his rights against any federal administrative body without the usual distinction between the latter and the Crown. In section 1 of the introduction, reference is made in the French version to the *Administration fédérale*, [the "Government of Canada" in the English version] which indicates the existence of a new way of looking at federal institutions. With the passage of time and further reform, the Crown must of necessity be progressively merged with the Administration as a whole and encompassed by the new dialectic of relations between the Administration and the individual. It is a rapid process of change, inevitable in the present circumstances.

III. Conclusion

By contrasting divergent interests, this analysis suggested at the outset that the opposing demands would be difficult to reconcile. The first was connected with the liberal nature of the political and legal system in Canada, a system particularly favourable to the protection of the rights and freedoms of the individual. The second resulted from profound changes in the administrative function. Do the things which people expect of the Administration in our day justify the existence of special privileges and rules to allow for the complexity of its activities? On the face of it, there would seem to be a paradox.

This dual nature of the State is not necessarily contradictory. The liberal State does not preclude the planning State, existing to supply benefits and services. A liberal system of rights and safeguards is not in itself an obstacle to the exercise of the benefit-granting function. In particular, they may be reconciled by subordinating state action to certain rules regarded as essential. The instrumental function of the Administration can thus develop without coming into conflict with the liberalism of institutions.

Contrasting with the apparent decline of the legal status of the Crown, there has been a significant growth in the executive and administrative functions, so that it has become necessary to reconcile their particular situation with the need to enhance the safeguards given to the individual. This new departure is all the more necessary since certain privileges traditionally granted to the Crown are not necessarily essential to carry out the various tasks of the Administration. Accordingly, there needs to be a re-examination of existing privileges favouring a return to the general regime of private law.

128 Under these new provisions, any interested person may object to the disclosure of information in a court on grounds of the public interest. The court may overrule an objection of this kind, except as regards "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada."

or if circumstances require, a separate system adapted to the special nature of administrative activity. Such an analysis would facilitate a critical examination of the existing situation and leave the greatest possible freedom for assessing new solutions.

The old narrow limits of the Crown's legal status cannot serve to prevent the emergence of a range of safeguards protecting the individual. This expansion to accommodate new rights is in no way a distortion of the traditional position of the Crown, or at least of the way in which it is perceived, since recognition of such rights would be eventually associated with abandonment of the idea of the Crown as an operative concept in administrative law. If that idea were to disappear in the course of unifying the law applicable to the federal Administration, there is no doubt that entirely new systems could be created.

CHAPTER THREE

General Conclusion and Recommendations

Although the primary purpose of this Paper is not to make specific recommendations for change, it nevertheless proposes certain important modifications. In particular, it calls for a change in attitudes. The various points it makes are intended principally to stimulate thought about this problem of the legal status of the federal Administration, by indicating certain new directions in which the reform process can move. The main function of this Paper is to make an often neglected branch of administrative law more relevant to the current situation. In seeking a more modern approach, it attempts to draw attention to the deficiencies and weaknesses in the present situation.

To attain these objectives of increased public awareness and reform, two fundamental points have been examined. The idea of structural disorganization contained in Chapter One was followed in Chapter Two by that of the special legal situation of the parties concerned, the Administration and the individual.

Chapter One was more descriptive and limited to mentioning the internal problems characterizing the federal Administration, without expressly referring to the individual. In particular, it attempted to cast some light on ambiguities inherent in the concept of the Crown and the consequences that follow for the legal status of the federal Administration. To a large extent, the existing problems are due to the weight of historical tradition. The analysis of certain facts and fundamental principles in the evolution of public law in the United Kingdom shows the central importance of the Crown in British institutions, which has led to the existence of curious paradoxes. On account of the survival of the unitary principle, the Crown is more or less associated with all the institutions and functions of the State; this does not facilitate an understanding of the role of this institution for the purposes of administrative law. Similarly, this relational dependence of all the components of the State appears to be a major obstacle to a precise definition of the concept of the Crown.

As this historical determinism does not offer a complete explanation, this Chapter shows that other more specifically Canadian factors also must be taken into consideration. To the problems inherent in any system derived from the British tradition of public law must be added complications peculiar to Canada. Unlike the United Kingdom, Canada has a federal structure and its administrative institutions have been considerably influenced by those in the United States. Federalism is thus at the source of further problems, since there are eleven separate Crowns in Canada, and they nonetheless form a single entity by virtue of the rule that the Crown is indivisible. Administrative institutions seem to be

singularly fragmented as a result of using independent administrative agencies for what are really specifically administrative functions, rather than public corporations which are reserved for industrial and commercial management uses. Some parts of the federal Administration benefit wholly or in part from the special status conferred on the Crown, while others do not. The legal status of the Administration is therefore dualist, and apparently similar situations may often be dealt with in different ways. This differentiation indicates the need seriously to consider applying homogeneous solutions to certain problems found throughout the federal Administration. This new perspective is reinforced by the fact that the legal position of the Crown is not intrinsically any clearer or more consistent than that of the Administration in general.

A re-examination of this kind seems all the more necessary, since under the existing system it is the Administration which is placed in a better position by the Crown's privileges and immunities. By continuing to refer to the Crown, the law obscures the perception of certain contemporary realities and ensures that the role and meaning of these privileges in administrative law will not be readily understandable. The analysis indicates that, in fact, through the legal status of the Crown, the Administration and the Government benefit from exceptional public law rules, the feudal origins of which bear no relation to the complex reality of present-day Canada. Academic analysts, probably influenced by the wording of constitutional documents, have not paid sufficient attention to this phenomenon. Similarly, the existence of more subjective factors associated with the idea of the Crown has contributed to obscuring the real meaning of this institution in administrative law.

It quickly became apparent that the second, more innovative Chapter was necessary. It is not enough to know the deficiencies and inconsistencies in the organization and structures of the Administration. There must also be a means of determining the points which may justify reform, and this does not necessarily emerge from a traditional account of the state of the law. The Administration must now be seen from the standpoint of its external operations, which involve a multiplicity of relations with individuals. The central fact is the mutual relations existing between the two parties concerned, the Administration and the individual, which do not have an identical status in law. Accordingly, this Chapter proposes a methodology for change which rests on a fundamental observation. Unlike private law, where the different parties concerned in theory have the same rights and obligations, public law, and administrative law in particular, are based on a relationship of inequality with many special rules being applicable to the Crown, the Government and the Administration. This is hardly surprising since governing functions (because of their nature) are not encountered in the private sector. The result is a special situation in which there are two clearly distinct classes of subjects of law: Administration on the one hand; and, the *administrés* on the other.

In the first section, the reader was made aware of: the existence of conditions favouring the reinforcement of the rights of individuals; the consequences of the rule of law; directions indicated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; the vulnerability of the individual; and, deficiencies of judicial review. First, the rule of law imposes fundamental limits regarding the law applicable to the Crown, in particular by the exclusion of autonomous powers and the idea of reasonableness. Second, the Charter makes

innovations of considerable importance. The general terms in which the document is drafted reinforce the pre-eminent position of rights of the individual. More significantly, the codification in section 15 of the Charter of the principle of equality before the law appears to be the consequence of a philosophy which makes a search for better balanced relations between the State and the individual a probability. Third, this need for a better balance is directly reinforced by an examination in more social terms of the material position of individuals in relation to the State and by an appraisal of certain changes in the administrative function. If the law seeks to provide new safeguards favouring individuals, such as the right to disclosure of administrative records, certain special privileges conferred on public authorities by the legal status of the Crown can without much difficulty be seen as anachronisms. As in Chapter One, the general trends in contemporary law have raised questions as to the privileged status of the Crown. Finally, the nature and extent of judicial review can serve as an argument to reinforce the rights of individuals. Such review has not so far been able to alter substantially the Crown's privileges and immunities. Although occasional progress has been made, such critical appraisal as exists to date has been random rather than part of a general solution. The Paper is careful to state that it is in no way a reflection on judges, since a reform of this importance and scope is usually the responsibility of the legislator.

As if to act as a counterweight to the findings in the first section, the second placed greater emphasis on the special nature of administrative action. The Administration performs many unique functions which have no equivalent in private law relationships, especially with regard to unilateral action and administrative police. Furthermore, the use of private law concepts may seem inadequate to describe correctly the nature of the relations existing between the Administration and its users, particularly with regard to benefits. This recognition of the special nature of administrative action makes possible a more critical analysis of the particular situation of the parties concerned, and at the same time reveals that special rules may be much more able to take their respective interests into account. To illustrate this point, the Paper gave the example of the need to make certain rules more consistent with the complexity and special considerations inherent in relations between the State and the individual. In the field of tortious liability, simply applying the general rules of private law could be a serious obstacle to reinforcing individuals' rights, and at the same time would discount the special nature of administrative activities. Similarly, where execution of judgments is concerned, replacing the immunity at present enjoyed by the Crown by a more direct recourse to the ordinary rules of private law governing forced execution proceedings would create problems. Here again, intermediate or subtler solutions deserve to be seriously examined.

Finally, as this Working Paper is concerned with the legal status of the federal Administration, the last point made in Chapter Two warned the reader that a reform limited solely to the privileges and immunities of the Crown cannot suffice, since these privileges and immunities cannot by themselves account for all the problems relating to the status of the federal Administration. It therefore seems necessary to go beyond the existing situation, if only to support non-curial safeguards for individuals, which seem particularly relevant in light of developments affecting relations between the State and the individual.

In general, therefore, Chapter Two was concerned with this complex question of relations between the Administration and the *administré*. In their legal and material positions, their respective interests and the aims they set out to achieve, these two protagonists appear to be fundamentally different. This awareness of the special nature of the parties concerned does not lead to an impasse. On the contrary, it favours the emergence of a better balance in law between the Administration and the *administré*, since any reform should take into account the special features of their situation. The legitimate reinforcement of the rights of the individual is complemented by a concern not to discount the special nature of the Administration and its operational requirements. The objective is to ensure a proper balance between the two.

This Paper thus presents a somewhat original analysis of the Administration itself and the nature of its relations with individuals. This new approach can best be stated in the form of certain specific recommendations. In broad outline, these are as follows.

1. **As matters stand at present, the differences in status existing between "the Administration associated with the Crown" and the part of it which is not associated with the Crown no longer corresponds to the direction in which contemporary law is moving. Looking to the future, any reform of the legal status of the federal Administration should be based on making that status unified. For administrative law purposes, the concept of the federal Administration is what must now be considered.**

2. **The legal status of the federal Administration must reflect a better balance in relations between the Administration and the individuals. The concept of equality adopted by the Charter appears to be one of the most important components of a critical re-examination of the present status of the Administration.**

3. **In most cases, this better balance is more likely to be achieved through special public law (administrative law) rules. However, in cases where the nature of the Administration-individual relationship does not justify a set of special rules, the rights and obligations of the two parties should be governed by private law.**

4. **The re-examination of the legal status of the federal Administration should not be confined to the usual approach of the Crown's privileges and immunities; rather, it should be along new lines, covering a wider range of non-curial safeguards in favour of the individual.**

5. **In the same way, the general philosophy reflected in this document encourages the development of new ideas, especially in the area of the tortious liability of the federal Administration. It will now be necessary to examine the benefits which may result from the introduction or extension of concepts such as "service fault" or liability based on risk, or from the creation of a no-fault compensatory system based on the availability of insurance.**

Taking these recommendations in order, the Commission bases its position more specifically on the following reasons.

Unification of Legal Status

In the course of identifying more modern solutions, it was hard for us to avoid dealing with the fundamental problem of unity of the federal Administration's legal status. Divided as it is into services which are associated wholly or in part with the legal position of the Crown, the general rules of private law or special rules of legislative origin, the status of this Administration suffers from a lack of coherence which is the source of extremely complex problems. This fragmentation is especially questionable as, in many cases, it does not correspond to the real nature of the activities in question. For example, we have found that many public enterprises engaged in activities of a commercial and industrial nature benefit from Crown privileges and immunities, while other bodies, which exist essentially for public interest purposes, cannot claim such status. These disparities in status show clearly that the association of many administrative bodies with the Crown's exceptional status has been determined not by functional choices but by subjective preferences which have distorted the primary meaning of this special status. If the Government is to go into business, it is hard to justify its assuming privileges and immunities which were originally intended for other purposes. A move must therefore be made towards a legal status which is more in keeping with the real nature of the administrative activities concerned.

This new approach has led us to propose unifying the legal status of the federal Administration. In order to make this status coherent and in keeping with present-day necessities, *we recommend abandoning the distinction that currently exists between those parts of the Administration that benefit from the legal regime of the Crown and those that do not. The notion of "Administration" would then replace the concept of the "Crown" for the purposes of administrative law*, as the former assumes the existence of specific rules that are the subject of administrative law. The status of the federal Administration would then be dealt with primarily in the Constitution and statutes passed by Parliament, not in prerogatives derived from the common law tradition. Although the concept of the Crown would cease to be relevant in administrative law, it would retain its importance in constitutional law in identifying the Head of State, explaining the independent basis of certain powers exercised by the Executive and analysing certain more general aspects of public law. It would be reduced to its primary function relating to constitutional law alone, and would probably thereby be better understood as one of the many institutions of the State.

This concern for unification is not a sudden rejection of existing categories. It is only a possibility for the time being, as studies will be needed to implement it. For example, it would be desirable for a reform of the rules regarding the Crown's tortious liability to apply throughout the federal Administration. The concern for unification is already a tangible reality in recent federal statutes (*Access to Information Act*, section 2), which reflects a fundamental change. To some extent, all of Administration is confronted

with problems which take a similar form nearly everywhere; thus, comprehensive solutions must be considered for reasons of clarity, effectiveness and economy. Administrative law can only be properly understood if it is contained in simple and coherent rules. In the long run, the present importance of the Crown will gradually be replaced by a true legal status for the federal Administration.

Moreover, this renewed vision of the federal Administration will not mean abandoning all existing rules, principles or categories. Many of these will eventually find a justification or basis in the more functional rules which we are proposing. Some provisions of existing law may thus be made part of a more rational system.

The idea of making the legal position of the federal Administration subject to a coherent body of legislation is worthy of serious consideration. By it, certain fundamental principles of Canadian public law, in particular the rule of law and parliamentary control over administrative action, could be given their full meaning once again. Recent trends in the law suggest that it is desirable, and even urgently necessary, for the federal Parliament to have better control over the federal Administration.[129]

The Search for a Better Balance

A new approach will make it possible to look at the privileges and immunities now held by the federal Administration, with or without the Crown, from a different standpoint. Our concern will now be a functional one, in which *the principal objective will be a search for a better balance between the Administration and the individual*. There is a growing consensus that *individuals have certain fundamental rights in dealing with the State*. It is thus an appropriate time for these rights to be redefined. Since the general direction of the law is towards the establishment of a group of civil liberties favouring a better legal balance between the State and the individual, *it therefore seems legitimate to retain only the privileges and immunities needed to perform the usual duties of the executive branch*. However, the inherent requirements of effective operation of any modern Administration should not be denied or disregarded. Even if the public interest should not be used as a ready means of denying or obliterating rights, it has to prevail in some cases; it is all a question of proportion.

The Concern of Administrative Law with Protecting and Enhancing the Rights of Individuals

In view of the special features of this situation and the complexity of the rights involved, it appears that the search for a balance will necessarily lead to special rules of public law. We are no longer dealing here with private law relationships where the parties concerned have the same rights and obligations. For this reason, the Commission expects that a return to the general regime of the common law or the civil law is not necessarily

129. See, in particular the conclusions of Working Paper 25 (L.R.C.C., 1980), and the recommendations of the forthcoming Report (*Id.*, 1985).

the best solution. To date only this alternative has been supported. To stimulate thought on this subject, we have devoted particular attention to the advantages of special regimes in protecting individuals more adequately in their dealings with the Administration. This analysis suggests that *the general rules of the common law or the civil law are not always able to provide such adequate protection for the interests of individuals. We therefore recognize as a general principle that administrative law possesses special characteristics which render it a preferred method for elaborating certain legal regimes likely to improve safeguards for individuals in the special context of their relations with the Administration. In other words, administrative law is better able to protect individuals because it is better adapted to the special nature of relations between the Administration and the individual.* Recognition of this fact does not mean that private law solutions must be rejected. On the contrary, *we recognize the necessity for the general application of private law in certain situations, particularly where the Administration is engaged in activities of an industrial or commercial nature.* In this specific case, as in others, complete or partial application of the general rules of private law may be seriously considered. The private/public law dilemma thus appears to be contingent or relative: the reciprocal interests of the two parties concerned may at times be better reconciled by special rules adapted to the particular nature of their relationships, while in other cases a return to the general rules of private law creates no major obstacles.

The Search for New Solutions

Finally, this Paper suggests that a re-examination of the privileges and immunities of the federal Administration cannot be properly carried out by reference to the considerations which to date have always been used to analyse the legal position of the Crown. Such considerations are too influenced by the past, and do not allow completely new factors (such as the Charter) to be taken into account. Disregarding such factors would make consideration of changes in contemporary law and the world around it impossible. *An analysis confined to the usual approach of the Crown's privileges and immunities therefore could not lead to satisfactory results.* There has to be a recognition that *the Crown is only one aspect of the matter*, the most important but not the only one. Seeking to resolve the legal status of the federal Administration by considering only the Crown's privileges and immunities would be misguided. Historical analysis has shown that the Crown and the Administration are two concepts which have never completely coincided. Expanding the discussion is made more necessary by the fact that *the position of the Crown is too exclusively concerned with formulating curial rules. These parameters should be expanded in favour of a wider range of non-curial safeguards in favour of the individual.*

Modernization of Tort Liability Rules

In adopting the *Crown Liability Act* in 1953, the legislator defined for a large part of the federal Administration a tortious liability system based essentially on the rules of private law. By thus treating the activities of the Administration as similar to those of natural persons, the legislator created a system which does not appear capable of adapting to the transformations currently taking place in the administrative area. Accordingly, it

has become necessary to rethink extensively this area of the law in order to ensure that the special nature of administrative functions is taken into account. This might eventually lead to recommending that coverage be provided for certain types of damage for which the existing law makes no effort to compensate. The range of new possibilities which must now be seriously examined includes the introduction or extension of concepts such as "service fault" and liability based on the theory of risk. Similarly, consideration should be given to the benefits which might result from creating a no-fault compensatory system as now exists in the fields of workmen's compensation and automobile insurance.

To conclude, there are two fundamental reasons in favour of re-examining the present situation. The first is of a structural nature, considering the weaknesses and inconsistencies of the present system (internal aspects mentioned in Chapter One). The second is functional in nature, considering the general trends in public law and the relations between the Administration and the individual (external aspects dealt with in Chapter Two). In this Working Paper, certain points recur and form a backdrop. *Chief among these* various themes *are the ideas of clarification and modernization, a sense of general considerations and the search for a better balance. Nevertheless, the idea which is paramount in this re-examination is that of adaptation to the special relations between the Administration and the individuals.*

Bibliography

Allen, C.K. 1945 — *Law and Orders*. London: Stevens, 1945. 385 pages.

Allen, J. 1962 — *Inquiry into the Rise and Growth of Prerogative in England*. New York: Franklin, 1962.

Angell, E. 1964 — *Les aspects constitutionnels des libertés publiques aux États-Unis*. Paris: Dalloz, 1964. 100 pages.

Ashley, C.A. and R.G.H. Smails 1965 — *Canadian Crown Corporations : Some Aspects of Their Administration and Control*. Toronto: MacMillan, 1965. 360 pages.

Azard, P. 1960 — "Le contrat d'adhésion" (1960), 20 *Revue du Barreau* 337-350.

Baraduc-Bénabent, E. 1981 — "L'astreinte en matière administrative (Loi du 16 juillet 1980)" (1981), *Dalloz* 95-100.

Barbe, R.P. 1966-68 — "Les entreprises publiques mandataires de Sa Majesté" (1966-68), *Justinien* 61-85.

Barbeau, A. 1974 — *Le droit constitutionnel canadien*. Montréal: Wilson and Lafleur, 1974. 440 pages.

Bastid, P. 1939 — *Sieyès et sa pensée*. Paris: Hachette, 1939. 652 pages.

Baudouin, J.-L. 1973 — *La responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1973. 567 pages.

Baudouin, J.-L. 1983 — *Les obligations*. Montréal: Yvon Blais, 1983. 693 pages.

Beaudoin, G.A. 1975 — "La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux" (1975), 53 *Revue du Barreau canadien* 675-714.

Bergeron, G. 1982 — "L'État et ses trois niveaux: le régime, la gouverne et la politi[illegible]" (1982), 15 *Canadian Journal of Political Science* 227-257.

Blackstone, Sir Wm. 1829 — *Commentaries on the Laws of England*. 18th ed. London: Sweet, Pheney, Maxwell and Stevens, 1829. Vol. I: *Of the Rights of Persons*.

Blom-Cooper, L. 1983 — "Lawyers and Public Administrators: Separate and Unequal" (1983), *Public Law* 215-235.

Bourque, D. 1977 — "L'égalité selon la Cour suprême" (1977), 18 *Cahiers de droit* 691-710.

Bradley, A.W. 1983 — *The European Convention on Human Rights and Administrative Law: First Impressions*. Conference held in Québec, February, 1983.

Braibant, G. 1961 — "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir" (1961), *Études et Documents du Conseil d'État* 53-65.

Braibant, G. 1974 — "Le principe de proportionnalité" in *Mélanges Waline*, vol. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. 297-306.

British Institute 1970 — *Government Enterprise, A Comparative Study*. British Institute Studies in International and Comparative Law. London: Stevens, 1970. 351 pages.

Brown, L.N. and D. Lemieux 1979 — "La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale" (1979), 20 *Cahiers de droit* 783-796.

Brown-John, C.L. 1981 — *Canadian Regulatory Agencies*. Toronto: Butterworths, 1981. 268 pages.

Brun, H. 1982 — "Quelques notes sur les articles 1, 2, 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés" (1982), 23 *Cahiers de droit* 781-794.

Brun, H. and G. Tremblay 1982 — *Droit constitutionnel*. Montréal: Yvon Blais, 1982. 798 pages.

California Law Revision Commission 1980 — "Recommendation Relating to Enforcement of Claims and Judgments against Public Entities" (1980), 15 *California Law Revision Commission* 1261-1287.

Carbajo, J. 1981 — "Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public" (1981), *Actualité juridique: Édition droit administratif* 176-181.

Chevrette, F. and H. Marx 1979 — "Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques" (1979), 20 *Cahiers de droit* 95-111.

Chevrette, F. and H. Marx 1982 — *Droit constitutionnel*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982. 1728 pages.

Chitty, J. 1820 — *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject*. London: Butterworths, 1820. 500 pages.

Côcatre-Zilgien, A. 1958 — "La nature juridique des mesures d'ordre intérieur en droit administratif français" (1958), *Revue internationale des sciences administratives* 487-500.

Collon, M. 1971 — "Absence et présence de la notion d'égalité en droit anglais" in *L'égalité*, vol. 1. Brussels: E. Bruylant, 1971. 72-99.

Conklin, W.E. 1982 — "Interpreting and Applying the Limitations Clause : An Analysis of Section 1" (1982), 4 *Supreme Court Law Review* 75-87.

Côté, P.-A. 1976 — "Droit civil et droit administratif au Québec" (1976), 17 *Cahiers de droit* 825-829.

Crépeau, P.-A. 1974 — "Contrat d'adhésion et contrat type" in *Mélanges Baudouin*. Montréal, 1974. 67-68.

Cuppaidge, W.E. 1953-54 — "The Divisibility of the Crown" (1953-54), 27 *Australian Law Journal* 594-601.

Currie, A.E. 1953 — *Crown and Subject*. Wellington: Legal Publications, 1953. 220 pages.

David, R. 1980 — *English Law and French Law. A Comparison in Substance*. London: Stevens, 1980. 223 pages.

Debbasch, C. 1979 — *L'État civilisé*. Paris: Fayard, 1979. 203 pages.

Delpérée, F. and V. Boucquey-Rémion 1982 — "Liberté, légalité et proportionnalité" in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*. Brussels: E. Bruylant, 1982. 475-494.

Delvolvé, P. 1969 — *Le principe d'égalité devant les charges publiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. 467 pages.

Desjardins, A. 1966 — "La primauté de l'exécutif" (1966), *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 314-326.

de Smith, S.A. 1981 — *Constitutional and Administrative Law*. 4th ed. Middlesex: Penguin Books, 1981 (reprint 1983). 729 pages.

Dicey, A.V. 1902 — *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*. Paris: Giard et Brière, 1902. 474 pages.

Dicey, A.V. 1959 — *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10th ed. London: MacMillan, 1959. 535 pages.

Distel, M. 1971 — "La réforme du contrôle de l'administration en Grande-Bretagne" (1971), *Revue internationale de droit comparé* 335-417.

Distel, M. 1982 — "Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne" (1982), *Revue internationale de droit comparé* 41-100.

Donzelot, J. 1984 — *L'invention du social*. Paris: Fayard, 1984. 263 pages.

Du Bois de Gaudusson, J. 1977 — *L'usager du service public administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977. 318 pages.

Duguit, L. 1929 — "De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public" in *Mélanges Hauriou*. Toulouse, 1929. 253-284.

Dussault, R. 1967 — "Suprématie de la loi ou Rule of Law" (1967), 27 *Revue du Barreau* 302-326.

Dussault, R. 1974 — *Traité de droit administratif canadien et québécois*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1974. 2016 pages (2 volumes).

Dussault, R. and L. Borgeat 1982 — "Le droit administratif : une réalité omniprésente pour l'administrateur public" (1982), 25 *Canadian Public Administration* 653-673.

Dussault, R. and L. Borgeat 1984 — *Traité de droit administratif*. Vol. 1. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984. 955 pages.

Dussault, R. and M. Patenaude 1983 — "Le contrôle judiciaire de l'Administration : Vers une meilleure synthèse des valeurs de liberté individuelle et de justice sociale?" (1983), 43 *Revue du Barreau* 163-275.

Dyke, K. and D. Mockle 1983 — *Catalogue of Privileges and Immunities of the Federal Crown and Administration Contained in Federal Statutes*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, October, 1983 (unpublished paper).

Ehrlich, L. 1921 — "Proceedings against the Crown (1216-1377)" in *Oxford Studies in Social and Legal History*, vol. 6, No. 12. Oxford: Clarendon Press, 1921. 1-274.

Foulkes, D. 1982 — *Administrative Law*. London: Butterworths, 1982. 460 pages.

Friedrich, C.J. 1977 — "La crise de l'égalitarisme" in *L'egalite*, vol. 5. Brussels: E. Bruylant, 1977. 306-318.

Ganshof Van Der Meersch, W.J. and L.A. Somerhausen 1966 — "La primauté de l'exécutif" (1966), *Revue de l'Association québecoise pour l'étude comparative du droit* 327-371.

Garant, P. 1972 — "Contribution à l'étude du statut juridique de l'administration gouvernementale" (1972), 50 *Canadian Bar Review* 50-86.

Garant, P. 1984a — "Introduction à l'étude du droit des entreprises publiques au Canada" in *Melanges Pequignot*. Montpellier, 1984. 281-298.

Garant, P. 1984b — *La "rule of law" et les immunités de la Couronne et de ses agents*. Conference held at Ottawa during the "Colloque sur la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne et des administrations locales." September, 1984.

Garant, P. 1985 — *Droit administratif*. 2nd ed. Montréal: Yvon Blais, 1985. 1032 pages.

Garant, P. *et al.* 1977 — "Le contrôle politique des organismes autonomes à fonctions régulatrices et quasi judiciaires" (1977), 20 *Canadian Public Administration* 444-468.

Garant, P. and G. Leclerc 1979 — "La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement" (1979), 20 *Cahiers de droit* 485-524.

Garner, J.W. 1929 — "La conception anglo-americaine du droit administratif" in *Melanges Hauriou*. Toulouse, 1929. 382-409.

Garner, J.F. 1979 — *Administrative Law*. 5th ed. London: Butterworths, 1979. 525 pages.

Gaudemet, P.-M. 1974 — "Reflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques — Grandeur et misères d'un principe" in *Mélanges Stassinopoulos*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. 337-346.

Gelinas, A. 1979 — "Le rapport Lambert : les organismes de la Couronne" (1979), 22 *Canadian Public Administration* 541-556.

Gelinas, A. (ed.) 1978 — *Public Enterprise and the Public Interest: Proceedings of an International Seminar*. Toronto: Institute of Public Administration of Canada, 1978. 268 pages.

Gibson, D. 1982 — "Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Some General Considerations" in *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Commentary*. Toronto: Carswell, 1982. 25-39.

Ginsberg, M.I. and L. Lesser 1981 — "Current Developments in Economic and Social Rights: A U.S. Perspective" (1981), 2 *Human Rights Law Journal* 237-256.

Goldman, A.H. 1979 — *Justice and Reverse Discrimination*. Princeton: Princeton University Press, 1979. 251 pages.

Goyard, P. 1977 — "Les diverses prérogatives juridiques et les notions d'égalité et de discrimination" in *L'egalite*, vol. 5. Brussels. E. Bruylant, 1977. 151-162.

Greenawalt, K. 1983 — "How Empty is the Idea of Equality?" (1983), 83 *Columbia Law Review* 1167-1185.

Griffith, J.A.C. 1951-52 — "Public Corporations as Crown Servants" (1951-52), 9 *University of Toronto Law Journal* 169-193.

Griffith, J. and H. Street 1973 — *The Principles of Administrative Law*. 5th ed. London: Pitman, 1973. 331 pages.

Haggen, G.L. 1925 — "The Functions of the Crown" (1925), 41 *Law Quarterly Review* 182-194.

Handlin, O. 1979 — "The Quest for Equality" (1979), *Washington University Law Quarterly* 35-50.

Harding, A. 1973 — *The Law Courts of Medieval England*. London: Allen and Unwin, 1973. 201 pages.

Harlow, C. 1976 — "Administrative Reaction to Judicial Review" (1976), *Public Law* 116-133.

Harlow, C. 1980 — "Public and Private Law: Definition without Distinction" (1980), 43 *Modern Law Review* 241-265.

Harvey, J. and L. Bather 1977 — *The British Constitution*. London: MacMillan, 1977. 648 pages.

Hecquart-Theron, M. 1981 — "De la mesure d'ordre interieur" (1981), *Actualité juridique : Edition droit administratif* 235-244.

Henkin, L. 1981 — "Economic-Social Rights as 'Rights': A U.S. Perspective" (1981), 2 *Human Rights Law Journal* 223-236.

Hodgetts, J.E. 1970 — "The Public Corporation in Canada" in *Government Enterprise. A Comparative Study*. British Institute Studies in International and Comparative Law. London: Stevens, 1970. 201-226.

Hogg, P.W. 1971 — *Liability of the Crown*. Sydney: Law Book, 1971. 257 pages.

Hogg, P.W. 1977 — *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1977. 548 pages.

Hogg, P.W. 1983 — "Supremacy of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Canadian Bar Review* 69-80.

Hogg, P.W. 1984 — "Canada's New Charter of Rights" (1984), 32 *American Journal of Comparative Law* 283-305.

Holdsworth, W.S. 1922 — "The History of Remedies against the Crown" (1922), 38 *Law Quarterly Review* 141-296.

Hood Phillips, O. and P. Jackson 1978 — *Constitutional and Administrative Law*. 6th ed. London: Sweet and Maxwell, 1978. 746 pages.

Hurtubise, R. 1966 — "La primauté de l'exécutif" (1966), *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 305-313.

Immarigeon, H. 1965 — *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*. Montréal: Wilson and Lafleur, 1965. 395 pages.

Institute for Research on Public Policy 1981 — *Public Corporations and Public Policy in Canada*. Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1981. 398 pages.

Ison, T.G. 1976 — "The Intrusion of Private Law in Public Administration" (1976), 17 *Cahiers de droit* 799-824.

Issalys, P. 1983 — "La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation" (1983), 24 *Cahiers de droit* 831-900.

Jennings, Sir I. 1976 — *The Law and the Constitution*. 5th ed. London: Hodder and Stoughton, 1976. 354 pages.

Kantorowicz, E.H. 1957 — *The King's Two Bodies*. Princeton: Princeton University Press, 1957. 568 pages.

Karst, K.L. 1977-78 — "Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment" (1977-78), 91 *Harvard Law Review* 1-68.

Kirsch, E. 1984 — *The Legal Environment of Federal Crown Corporations*. Ottawa: Economic Council of Canada, 1984. 90 pages (unpublished paper).

Laboratoire de recherche sur la Justice administrative 1982 — *Les consommateurs et la justice au Québec*. Québec, 1982. 441 pages.

Lajoie, A. 1984 — *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*. Montréal: Thémis, 1984. 242 pages.

Lajoie, A., P.A. Molinari and J.-L. Baudouin 1983 — "Le droit aux services de santé : légal ou contractuel?" (1983), 43 *Revue du Barreau* 675-731.

Langford, J.W. 1980 — "The Identification and Classification of Federal Public Corporations : A Preface to Regime Building" (1980), 23 *Canadian Public Administration* 76-104.

Lareau, A. 1984 — "Les saisies et perquisitions en matière fiscale: le contribuable n'est plus maître de sa maison" (1984), 25 *Cahiers de droit* 427-450.

Laski, H.J. 1919 — "The Responsibility of the State in England" (1919), 32 *Harvard Law Review* 447-472.

Laskin, B. 1969 — *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens, 1969. 138 pages.

Laskin, B. 1975 — *Canadian Constitutional Law*. Toronto: Carswell, 1975. 980 pages.

Laubadère, A. de 1983 — *Traité de droit administratif*. 9th ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983. 813 pages.

Law, J. 1982 — *The Public Law of Torts*. Master's thesis. Dalhousie, 1982.

Law Reform Commission of British Columbia 1972 — "Legal Position of the Crown" in *Report on Civil Rights*. Vancouver, 1972. 77 pages.

Law Reform Commission of Canada (L.R.C.C.) 1975 — *Studies on Diversion*. Ottawa: Information Canada, 1975. 230 pages.

Law Reform Commission of Canada (L.R.C.C.) 1977 — *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada*. Report 8. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977. 5 pages.

Law Reform Commission of Canada (L.R.C.C.) 1980 — *Independent Administrative Agencies*. Working Paper 25. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1980. 212 pages.

Law Reform Commission of Canada (L.R.C.C.) 1985 — *Independent Administrative Agencies*. Report 26. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985 (forthcoming).

Lawson, F.H. and D.J. Bentley 1961 — *Constitutional and Administrative Law*. London: Butterworths, 1961. 395 pages.

Lawson, F.H. and B.S. Markesinis 1982 — *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. 2 volumes: 239 and 343 pages.

Lebel, M. 1983 — "Les droits linguistiques et la Charte canadienne des droits et libertés" in *La Charte canadienne des droits et libertés et les droits collectifs et sociaux* (1983), 18 *Cahiers de l'ACFAS* 31-53.

Lemieux, D. 1981 — *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*. Québec: Centre d'édition juridique, 1981. 448 pages.

Lemieux, D. 1983 — "Les immunités de la Couronne : Esquisse d'un bilan critique" reproduced in *Cahiers de la Cinquième conférence des avocats et notaires de la Fonction publique*. Québec, 1983. 239 pages (photocopied document).

Lemieux, D. 1984 — "Privilèges et immunités des entreprises publiques en droit québécois" in *Mélanges Péquignot*. Montpellier, 1984. 419-434.

Lemieux, V. 1962 — "L'effacement du pouvoir législatif" in *Le rôle de l'État*. Montréal: Institut canadien des affaires publiques, 1962. 91-95.

Levy, D. 1957 — *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. 432 pages.

Lieberman, R.M. 1975 — "Executive Privilege" (1975), 33 *University of Toronto Faculty of Law Review* 181-193.

Linden, A.M. 1976 — "Public Law and Private Law: The Frontier from the Perspective of a Tort Lawyer" (1976), 17 *Cahiers de droit* 831-873.

Linden, A.M. 1977 — "Whatever Happened to Rylands v. Fletcher?" (1977), *Studies in Canadian Tort Law* 325-341.

Linden, A.M. 1982 — *Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1982. 737 pages.

Linotte, D. 1981 — "Exécution des décisions de justice administratives et astreintes en matière administrative (loi n° 80-539 du 16 juillet 1980)" (1981), *Juris-Classeur Pratique* 1.3011.

Lyon, N. 1983 — *The Charter As a Mandate for New Ways of Thinking about Law*. Conference held at the annual meeting of the Canadian Association of Law Teachers, Vancouver, June, 1983.

MacGuigan, M.R. 1982 — "The Protection of Freedom and the Achievement of Equality in Canada" in *Civil Liberties in Canada, Entering the 1980's*. Toronto: Butterworths, 1982.

MacKinnon, F. 1977 — *The Crown in Canada*. Calgary: McClelland, 1977. 189 pages.

Madiot, Y. 1971 — *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971. 390 pages.

Maitland, F.W. 1901 — "The Crown As Corporation" (1901), 17 *Law Quarterly Review* 131-146.

Mallory, J.R. 1968 — "La Couronne" in *Le système politique du Canada*. Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1968. 89-101.

Markesinis, B.S. 1973 — "The Royal Prerogative Re-visited" (1973), 32 *Cambridge Law Journal* 287-309.

Marshall, G. 1971 — *Constitutional Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1971. 238 pages.

Marx, H. 1982 — "Entrenchment, Limitations and Non-Obstante" in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1982. 61-74.

Mason, A.T. and W.M. Beaney 1978 — *American Constitutional Law*. New Jersey: Prentice-Hall, 1978. 787 pages.

McLeod, T.H. 1980 — "The Special National Seminar on Financial Management and Accountability: An Appraisal" (1980), 23 *Canadian Public Administration* 105-134.

McNairn, C.H. 1977 — *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1977. 205 pages.

Mestre, A. 1974 — *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. 312 pages.

Michelman, F.I. 1969-70 — "On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment" (1969-70), 83 *Harvard Law Review* 7-59.

Mitchell, J.D.B. 1964 — "L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni: ses causes et ses effets" (1964), *Études et Documents du Conseil d'État* 211-225.

Mitchell, J.D.B. 1968 — *Constitutional Law*. Edinburgh: Green, 1968. 364 pages.

Mockle, D. 1984 — *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. 623 pages.

Montigny, Y. de 1984 — "La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les questions politiques" (1984), 44 *Revue du Barreau* 156-172.

Morange, G. 1951 — "Le principe de l'égalité devant l'impôt" (1951), *Dalloz* 103-106.

Morel, A. 1983 — "La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: Une assurance contre le gouvernement des juges" (1983), 61 *Canadian Bar Review* 81-100.

Mundell, D.W. 1960 — "Legal Nature of Federal and Provincial Executive Governments: Some Comments on Transactions between Them" (1960), *Osgoode Hall Law Journal* 56-75.

Mundell, D.W. 1961 — "Remedies against the Crown" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Toronto, 1961. 149-182.

Murphy, B.F.P. 1984 — "The Application of the Charter of Rights and Freedoms to Prerogative Powers" (1984), 33 *University of New Brunswick Law Journal* 354-362.

Nadeau, A. 1971 — *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson and Lafleur, 1971. 732 pages.

Nagel, T. 1979 — "The Meaning of Equality" (1979), *Washington University Law Quarterly* 25-31.

O'Connell, D.P. 1957 — "The Crown in the British Commonwealth" (1957), *International and Comparative Law Quarterly* 103-125.

Ouellette, Y. 1965 — *La responsabilité extra-contractuelle de l'État fédéral au Canada*. Thesis. Montréal, 1965. 309 pages.

Ouellette, Y. 1985 — "La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne fédérale et l'exercice des fonctions discrétionnaires" (1985), 16 *Revue générale de droit* 49-67

Pelletier, G. 1982 — "Les conséquences juridiques des informations erronées fournies par les préposés de l'Administration publique" (1982), 23 *Cahiers de droit* 325-405.

Pelloux, R. 1981 — "Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification" (1981), *Revue du droit public* 53-68.

Pépin, G. 1984 — "L'Administration publique et le principe de légalité" (1984), 44 *Canadian Bar Review* 137-148.

Pépin, G. and Y. Ouellette 1982 — *Principes de contentieux administratif*. Montréal: Yvon Blais, 1982. 478 pages.

Perelman, C. 1977 — "Égalité et justice" in *L'égalité*, vol. 5. Brussels: E. Bruylant, 1977. 324-330.

Picquart, M. 1984 — *La notion de police administrative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. 966 pages (2 volumes).

Popovici, A. 1974 — "Les contrats d'adhésion: un problème dépassé?" in *Mélanges Baudouin*. Montréal, 1974. 161-201.

Privy Council Office 1977 — *Crown Corporations: Direction, Control, Accountability*. Ottawa: Government of Canada, Privy Council Office, 1977. 83 pages.

Proulx, D. 1980 — "Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative" (1980), 10 *Revue de Droit, Université de Sherbrooke* 381-568.

Proulx, D. 1983 — "La portée de la Charte canadienne des droits et libertés en matière de droits sociaux et collectifs: le cas de l'article 23" in *La Charte canadienne des droits et libertés et les droits collectifs et sociaux* (1983), 18 *Cahiers de l'ACFAS* 55-98.

Rand, I.C. 1961 — "Except by Due Process of Law" (1961), 2 *Osgoode Hall Law Journal* 171-190.

Rivero, J. 1953 — "Existe-t-il un critère du droit administratif?" (1953), *Revue du Droit Public* 279-296.

Rivero, J. 1965 — "Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français" in *Travaux de l'Association Henri Capitant*. Paris: Dalloz, 1965. Volume XIV: 343-360.

Robinson, G.E. 1925 — *Public Authorities and Legal Liability*. London: University of London Press, 1925. 286 pages.

Robertson, G.S. 1908 — *The Law and Practice of Civil Proceedings By and Against the Crown and Departments of the Government with Numerous Forms and Precedents*. London: Stevens, 1908. 933 pages.

Robson, W.A. 1952 — "Le droit administratif en Angleterre de 1919 à 1950" in *Livre jubilaire du Conseil d'État*. Paris: Sirey, 1952. 649-671.

Rousset, M. 1960 — *L'idée de puissance publique en droit administratif*. Grenoble: Allier, 1960. 269 pages.

Royal Commission on Financial Management and Accountability 1979 — *Final Report of the Royal Commission on Financial Management and Accountability* (Lambert Report). Ottawa, 1979. 586 pages.

Russell, P.H. 1983 — "The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Canadian Bar Review* 30-54.

Samson, J.K. 1975 — "L'égalité devant la loi et la Cour suprême: égalitarisme ou 'rule of law' " (1975), 16 *Cahiers de droit* 675-688.

Smith, A.T.H. 1983 — "The Prerogative of Mercy, the Power of Pardon and Criminal Justice" (1983), *Public Law* 398-439.

Strayer, B.
1964
"Injunctions against Crown Officers" (1964), 42 *Canadian Bar Review* 1-45.

Strayer, J.R.
1979
Les origines médiévales de l'État moderne. Paris: Payot, 1979. 156 pages.

Street, H.
1948
"The Effect of Statutes upon the Rights and Liabilities of the Crown" (1948), 7 *University of Toronto Law Journal* 357-384.

Tancelin, M.
1975
Théorie du droit des obligations. Québec: Presses de l'Université Laval, 1975. 572 pages.

Tarnopolsky, W.S.
1977
"Le contrôle de la discrimination raciale au Canada" (1977), 18 *Cahiers de droit* 663-689.

Tarnopolsky, W.S.
1982
"The Equality Rights" in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1982. 395-442.

Tarnopolsky, W.S.
1983
"The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Canadian Bar Review* 242-264.

Tarnopolsky, W. and G. Beaudoin (eds.)
1982
The Canadian Charter of Rights and Freedoms. Toronto: Carswell, 1982.

Tassé, R.
1985
"Les relations entre l'État et le citoyen : évolution historique, situation actuelle et avenir" (1985), 16 *Revue générale de droit* 5-12.

Tercinet, J.
1981
"La loi n° 80-539 du 16 juillet 1980: vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration?" (1981), *Actualité juridique: Édition droit administratif* 3-13.

Thomas, P.
1979
"The Lambert Report: Parliament and Accountability" (1979), 22 *Canadian Public Administration* 557-571.

Thorson, J.T.
1960
"A New Concept of the Rule of Law" (1960), 38 *Canadian Bar Review* 238-257.

Treasury Board of Canada
1984
Crown Corporations and Other Canadian Government Corporate Interests. Ottawa: Treasury Board of Canada, 1984. 54 pages.

Tremblay, A.
1982
Précis de droit constitutionnel. Montréal: Thémis, 1982. 341 pages.

Turner, R.V.
1968
The King and His Courts. Ithaca: Cornell University Press, 1968. 310 pages.

Tussman, J. and J. TenBroeck
1949
"The Equal Protection of the Laws" (1949), 37 *California Law Review* 341-381.

Vedel, G. and P. Delvolvé
1982
Droit administratif. 8th ed. Paris: Presses universitaires de France, 1982. 1174 pages.

Vedel, G. and J. Rivero
1980
"Les principes économiques et sociaux de la Constitution: Le préambule" in *Pages de Doctrine*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980. 93-145.

Wade, H.W.R.
1982
Administrative Law. 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982. 892 pages.

Wade, E.C.S. and G.G. Phillips 1980 — *Constitutional and Administrative Law*. 9th ed. London: Longman, 1980. 688 pages.

Watkins, C.G. 1967 — "The Enforcement of Conformity to Law Through Contempt Proceedings" (1967), 5 *Osgoode Hall Law Journal* 125-158.

Westen, P. 1981-82 — "The Empty Idea of Equality" (1981-82), 95 *Harvard Law Review* 537-596.

Westen, P. 1983 — "To Lure the Tarantula from Its Hole: A Response" (1983), 83 *Columbia Law Review* 1186-1208.

Whyte, J.D. 1982 — "The Effect of the Charter of Rights on Non-Criminal Law and Administration" (1982), 3 *Canadian Human Rights Reporter* C/82-7.

Williams, G.L. 1948 — *Crown Proceedings*. London: Stevens, 1948. 57 pages.

Winter, R.K. 1979 — "Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State" (1979), *Washington University Law Quarterly* 741-755.

Winterton, G. 1983 — "The Prerogative in Novel Situations" (1983), 99 *Law Quarterly Review* 407-411.

Wolfers, C. 1971 — "Note sur le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'État français en matière de réglementation économique" in *L'égalité*, vol. 1. Brussels: E. Bruylant, 1971. 127-137.

Table of Cases

Asbestos, see *Société Asbestos Ltée* ...

Association espaces verts du Mont-Rigaud c. *L'honorable Victor Goldbloom*, [1976] C.S. 293.

Attorney General of the Province of Quebec v. *Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057

Bank of Montreal v. *Attorney General of the Province of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 565.

Bonanza Creek Gold Mining Company v. *The King*, [1916] 1 A.C. 566.

Bourgault c. *Société centrale d'hypothèque et de logement*, [1978] C.S. 501.

British Columbia Development Corporation v. *Friedman (Ombudsman)*, [1984] 2 S.C.R. 447; 55 N.R. 298 (C.S.C.).

Brown c. *Le Collège Manitou*, [1983] C.S. 825.

Canadian Broadcasting Corporation v. *The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339.

China Navigation Company Ltd. v. *Attorney-General*, [1932] 2 K.B. 197.

C.I.A.C. v. *The Queen*, July 12, 1984, Federal Court of Appeal.

Clark v. *R. in Right of British Columbia* (1980), 15 B.C.L.R. 311.

Le Conseil des Ports Nationaux v. *Langelier*, [1969] S.C.R. 60.

Eldorado Nuclear, see *R.* v. *Eldorado Nuclear* ...

Fafard v. *La Cité de Québec* (1917), 55 S.C.R. 615.

Ferguson v. *Attorney General of Canada*, [1971] 2 W.W.R. 637.

Gauthier v. *The King* (1917), 56 S.C.R. 176.

Gooliah v. *The Queen* (1967), 59 W.W.R. 705.

Her Majesty in right of the Province of Alberta v. *Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61.

Labrecque, see *Attorney General* ...

Langelier, see *Le Conseil des Ports* ...

Lapierre v. *The Attorney General of Quebec*, April 4, 1985, Supreme Court No. 18141.

Lapierre c. *Le procureur général du Québec*, [1979] C.S. 907.

Lapointe c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Charles Borromée*, [1979] C.S. 1119, affirmed [1980] C.A. 568.

MacKay v. *The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370.

Manitoba Fisheries Ltd. v. *The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101.

Marek v. *Cieslak* (1974), 48 D.L.R. (3d) 39.

Nei Canada Ltd. c. *Volcano Ltée*, [1982] C.S. 285.

The Nova Scotia Government Employees Association v. *The Civil Service Commission of Nova Scotia*, [1981] 1 S.C.R. 211.

Operation Dismantle v. *The Queen*, [1983] 1 F.C. 429; [1983] 1 F.C. 745 (C.A.).

Operation Dismantle v. *The Queen*, May 9, 1985, Supreme Court No. 18154.

O'Keilly v. *Mackman*, [1983] 2 C.A. 237.

Poirier c. *Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511.

Province of Bombay v. *Municipal Corporation of the City of Bombay*, [1947] A.C. 58.

The Public Service Alliance of Canada v. *The Canadian Broadcasting Corporation*, [1976] 2 F.C. 145.

Québec Association of Protestant School Boards c. *Le procureur général du Québec*, [1982] C.S. 673.

The Queen in the right of Canada v. *The Queen in the right of the Province of Prince Edward Island*, [1978] 1 F.C. 533.

R. v. *Eldorado Nuclear Ltd.* (1982), 128 D.L.R. (3d) 82.

R. v. *Eldorado Nuclear Ltd. and Uranium Canada Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551.

R. v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378.

R. v. *Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568.

R. v. *Thibodeau Express*, [1948] O.W.N. 207.

R. v. *Thomas* (1948), 2 W.W.R. 444.

Rabeau c. *Le Collège Manitou*, [1983] C.S. 832.

Ranaweera v. *Ramachandran*, [1970] A.C. 962.

Re Doxtator (1984), 44 O.R. (2d) 581.

Rylands v. *Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330.

Société Asbestos Ltée c. *Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342.

Thibodeau Express, see *R.* v. *Thibodeau* ...

Thomas, see *R.* v. *Thomas* ...

Verreault et Fils Ltée v. *Attorney General of the Province of Quebec*, [1977] 1 S.C.R. 41.

Ville de Laval c. *Fraternité des Policiers de Laval*, April 6, 1981, C.S. de Montréal, No. 81-546.

Welbridge Holdings Ltd. v. *The Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957.

Table of Statutes

Canada

Magna Carta, *1215*.

Case of Proclamations, *1611*.

Bill of Rights, *1689*.

Act of Settlement, *1701*.

Treaty of Paris, *1763*.

The Royal Proclamation, *October 7*, *1763*.

The Quebec Act, *1774*.

The Constitutional Act, *1791*.

The Union Act, *1840*.

The Constitution Act, *1867*.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Schedule B of the *Canada Act 1982*.

Constitution Act, *1982*.

Access to Information Act, S.C. 1982, c. 111.

"Act of 1953," see *Crown Liability Act*.

Act to amend the Financial Administration Act in relation to Crown corporations, S.C. 1984, c. 31.

Agricultural Stabilization Act, R.S.C. 1970, c. A-9.

Air Canada Act, S.C. 1977-78, c. 5.

Animal Contagious Diseases Act, R.S.C. 1970, c. A-13.

Anti-Inflation Act, S.C. 1974-75-76, c. 75.

Atomic Energy Control Act, R.S.C. 1970, c. A-19.

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5.

Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10.

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.

Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9.

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

Canadian National Railways Act, R.S.C. 1970, c. C-10.

Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1970, c. C-12.

Clean Air Act, S.C. 1970-71-72, c. 47.

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.

Cooperative Credit Associations Act, R.S.C. 1970, c. C-29.

Criminal Code, R.S.C 1970, c. C-34.

Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38.

Currency Exchange Act, R.S.C. 1970, c. C-39.

Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40.

Defence Production Act, R.S.C. 1970, c. D-2.

Department of Transport Act, R.S.C. 1970, c. T-15.

Dry Docks Subsidies Act, R.S.C. 1970, c. D-9.

Employment and Immigration Department and Commission Act, S.C. 1976-77, c. 54.

Energy Supplies Emergency Act, S.C. 1978-79, c. 17.

Environmental Contaminants Act, S.C. 1974-75-76, c. 72.

Excise Act, R.S.C. 1970, c. E-12.

Expropriation Act, R.S.C. 1970, c. 16 (1st Supp.).

Farm Credit Act, R.S.C. 1970, c. F-2.

Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.).

Feeds Act, R.S.C. 1970, c. F-7.

Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10.

Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14.

Fishing and Recreational Harbours Act, R.S.C. 1970, c. 30.

Fish Inspection Act, R.S.C. 1970, c. F-12.

Forestry Development and Research Act, R.S.C. 1970, c. F-30.

Freshwater Fish Marketing Act, R.S.C. 1970, c. F-13.

Fort-Falls Bridge Authority Act, S.C. 1970-71-72, c. 51, as amended by S.C. 1974-75-76, c. 46.

Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 100.

Government Companies Operation Act, R.S.C. 1970, c. G-7.

Government Railways Act, R.S.C. 1970, c. G-11.

Harbour Commissions Act, R.S.C. 1970, c. H-1.

Hazardous Products Act, R.S.C. 1970, c. H-3.

Immigration Act, S.C. 1976-77, c. 52.

Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13.

Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23.

Livestock and Livestock Products Act, R.S.C. 1970, c. L-8.

Livestock Feed Assistance Act, R.S.C. 1970, c. L-9.

Maple Products Industry Act, R.S.C. 1970, c. M-2.

Medical Research Council Act, R.S.C. 1970, c. M-9.

Motor Vehicle Fire Safety Act, S.C. 1974-75-76, c. 96.

National Capital Act, R.S.C. 1970, c. N-3.

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4.

National Harbours Board Act, R.S.C. 1970, c. N-8.

National Housing Act, R.S.C. 1970, c. N-10.

National Research Council Act, R.S.C. 1970, c. N-14.

National Trade Mark and True Labelling Act, R.S.C. 1970, c. N-16.

Natural Sciences and Engineering Research Council Act, S.C. 1976-77, c. 24, Part III.

Navigable Waters Protection Act, R.S.C. 1970, c. N-19.

Northern Canada Power Commission Act, R.S.C. 1970, c. N-21.

Northern Pipeline Act, S.C. 1977-78, c. 20.

Ocean Dumping Control Act, S.C. 1974-75-76, c. 55.

Pacific Salmon Fisheries Convention Act, R.S.C. 1970, c. F-19.

Petro-Canada Act, S.C. 1974-75-76, c. 61.

Radiation Emitting Devices Act, R.S.C. 1970, c. 34 (1st Supp.).

Royal Canadian Mint, R.S.C. 1970, c. R-8.

St. Lawrence Seaway Authority Act, R.S.C. 1970, c. S-1.

Science Council of Canada Act, R.S.C. 1970, c. S-5.

Social Sciences and Humanities Research Council Act, S.C. 1976-77, c. 24, Part I.

Surplus Crown Assets Act, R.S.C. 1970, c. S-20.

Telegraphs Act, R.S.C. 1970, c. T-3.

Transportation of Dangerous Goods Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 36.

Unemployment Insurance Act, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Wages Liability Act, R.S.C. 1970, c. W-1.

War Measures Act, R.S.C. 1970, c. W-2.

Weights and Measures Act, S.C. 1970-71-72, c. 36.

Yukon Act, R.S.C. 1970, c. Y-2.

British Columbia

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86.

Alberta

Proceedings Against the Crown Act, R.S.A. 1980, c. P-18.

Saskatchewan

The Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1978, c. P-27.

Manitoba

The Proceedings Against the Crown Act, R.S.M. 1970, c. P140.

Ontario

Crown Agency Act, R.S.O. 1970, c. 100, re-enacted as R.S.O. 1980, c. 106.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393.

Québec

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12.
Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25.
Hydro-Québec Act, R.S.Q. 1977, c. H-5.

New Brunswick

Proceedings Against the Crown Act, R.S.N.B. 1973, c. P-18.

Nova Scotia

Proceedings against the Crown Act, C.S.N.S. 1979, c. P-29.

Prince Edward Island

Crown Proceedings Act, R.S.P.E.I. 1974, c. C-31.

Newfoundland

The Proceedings against the Crown Act, S.N. 1973, c. 59.

DROIT ADMINISTRATIF

le statut juridique de l'administration fédérale

Document de travail 40

Canada

LE STATUT JURIDIQUE DE L'ADMINISTRATION FÉDÉRALE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
No de catalogue J32-1/40-1985
ISBN 0-662-53768-8

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 40

LE STATUT JURIDIQUE DE L'ADMINISTRATION FÉDÉRALE

1985

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 décembre 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 février 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 décembre 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 février 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 novembre 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort* (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juillet 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 décembre 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juillet 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 octobre 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* (10 novembre 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 novembre 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes* (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1985)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir un exemplaire du catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6.

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M[e] Louise Lemelin, c.r., commissaire
M[e] Alan D. Reid, c.r., commissaire
M[e] Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche en droit administratif

Mario Bouchard, D.E.C., LL.B., LL.M.

Conseiller principal

Daniel Mockle, LL.B., D.E.A., LL.D.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : L'absence d'un statut moderne et cohérent 5

I. Les origines de la situation actuelle 5

A. Le poids de la tradition historique 6

1. L'existence d'un paradoxe 6
a) La survie du principe unitaire 6
b) Les conséquences de la dépendance relationnelle avec la Couronne 7
2. La transposition d'une prééminence spéciale 10

B. La complexité des institutions canadiennes 12

1. L'impact du fédéralisme 13
2. Le morcellement de l'Administration fédérale 16
a) Les organismes administratifs autonomes 17
b) Les entreprises publiques 21

II. La permanence des apparences trompeuses 24

A. Un problème de confusion terminologique 25

1. L'incertitude quant à l'identité véritable de la Couronne 25
2. La recherche d'une signification propre au droit administratif 27

B. L'occultation de réalités contemporaines 30

1. Le silence des textes 30
2. L'existence de facteurs subjectifs 31

III. Conclusion 33

CHAPITRE DEUX : La recherche d'une problématique de changement 35

I. Les conditions favorables au renforcement des droits des administrés 36

A. Les exigences contemporaines du principe de légalité 37

1. L'exclusion de pouvoirs autonomes 37
2. La recherche d'un point d'équilibre 40
a) L'idée de complémentarité 40
b) L'idée de limite raisonnable 42

B. La primauté des conceptions libérales 44

1. La prépondérance des droits individuels 44
2. La recherche de l'égalité de traitement 47
a) La notion d'égalité en droit public canadien 48
b) La portée du principe d'égalité sur le droit applicable à l'Administration 51

C. La vulnérabilité des administrés 54

1. L'hypertrophie de la fonction prestataire 55
2. La modification du statut des individus face à l'État 55

D. Les insuffisances du contrôle judiciaire 57

II. La spécificité de l'action administrative 62

A. Le problème de l'assimilation des activités administratives au régime général 63

1. L'existence de fonctions spéciales 64
a) La fonction de police administrative 64
b) Le pouvoir d'action unilatérale 67
2. La nature spéciale de la relation prestataire Administration-administrés 68

B. Les avantages de régimes spéciaux 72

1. L'intérêt d'une meilleure adaptation des règles de responsabilité délictuelle 72
2. Les incertitudes relatives à l'exécution des jugements 78
3. Le besoin de garanties non contentieuses 81

III. Conclusion 82

CHAPITRE TROIS : Conclusion générale et recommandations 85

BIBLIOGRAPHIE 93

TABLE DE JURISPRUDENCE 105

TABLE DES LOIS 107

Pour ma part et avec égard pour l'opinion contraire, il me semble que cette vieille notion de l'immunité royale est inconciliable avec nos conceptions modernes d'un État démocratique et du droit de tout citoyen à l'égalité devant la loi.

Le juge Hugessen, dans *C.I.A.C.* c. *La Reine*,
Cour d'appel fédérale, 12 juillet 1984.

Le droit administratif n'est pas, et ne peut pas être, un droit comme les autres ... car il s'insère dans ces problèmes fondamentaux de la science politique que sont les rapports entre l'État et le citoyen, l'autorité et la liberté, la société et l'individu.

P. Weil, *Le droit administratif*.

Introduction

Faisant suite à une recommandation contenue dans le document de travail 25, *Les organismes administratifs autonomes* (C.R.D.C., 1980), la Commission de réforme du droit du Canada a choisi récemment de procéder à un examen du statut juridique de l'Administration fédérale. Ce thème de recherche rejoint ses préoccupations fondamentales en vue de clarifier et de réformer le droit administratif fédéral. La conjoncture politique lui offre toutefois la possibilité de recourir à des justifications plus opportunes. En effet, le rapatriement de la Constitution inaugure une ère nouvelle où le Canada, désormais souverain, est en mesure de se doter d'un droit public qui soit pleinement adapté aux réalités de notre temps. Son accession à la souveraineté invite à un examen préalable des moyens juridiques par lesquels l'État et toute l'Administration entendent concrétiser leur prééminence spéciale. Le choix de ce sujet est aussi renforcé par un sentiment d'urgence en vue de remédier à des lacunes qui apparaissent inadmissibles à la lumière des transformations actuelles du droit.

Cette recherche a toutefois l'originalité de se justifier presque d'elle-même. En ce moment, deux difficultés majeures légitiment une révision en profondeur du statut juridique de l'Administration fédérale sans qu'il faille nécessairement invoquer des raisons liées à la conjoncture sociale ou politique.

La première a pour origine un manque d'unité juridique. Pour des raisons historiques, juridiques et structurelles, une importante partie de cette Administration est associée au régime juridique de la Couronne, ce qui lui permet de bénéficier de pouvoirs, de privilèges et d'immunités qui sont généralement exorbitants. Le reste de l'Administration est assujettie en principe au régime général du common law ou du droit civil, ce qui a pour effet de la placer sur un pied d'égalité avec les personnes privées. L'Administration fédérale se trouve ainsi soumise à un régime dualiste qui n'obéit malheureusement à d'autre rationalité que celle de l'histoire et de continuelles improvisations législatives. Ce n'est bien souvent qu'en fonction d'appréciations subjectives ou de circonstances politiques que certains services ou organismes ont été promus par la loi au rang de mandataires de la Couronne. Lorsque le législateur ne s'est pas montré suffisamment précis sur le statut de ces organismes, le juge a été souvent forcé d'accomplir un délicat travail pour déterminer le régime auquel ils se rattachent. Au fil du temps, l'Administration fédérale est devenue une mosaïque complexe de régimes particuliers au détriment de toute solution d'ensemble. Cette situation est particulièrement préjudiciable pour le public, lequel est souvent placé dans l'impossibilité de connaître le statut juridique du service avec lequel il entre en relations juridiques. Par ailleurs, un divorce croissant entre le statut de certains organismes et la nature de leurs activités force à s'interroger sur la cohérence et la pertinence de ce dualisme. Il peut apparaître contestable que certaines entreprises publiques engagées dans des activités de nature industrielle et commerciale bénéficient du

régime juridique de la Couronne, alors que d'autres, vouées essentiellement à des fins d'intérêt général, ne peuvent prétendre à aucun régime spécial.

La seconde difficulté est liée à l'inadaptation de ce statut face à certaines exigences de notre temps. Le régime juridique de la Couronne renvoie en effet à une époque où les relations État-individus obéissaient à une autre logique. De nos jours, la Couronne continue d'incarner une réalité juridique qui comporte de nombreux privilèges, pouvoirs et immunités qui se concilient difficilement avec les idéaux d'une société soucieuse d'égalité et de démocratie. Comme c'est l'Administration qui bénéficie largement de ces exceptions au droit commun, la Couronne dépasse dès lors cette dimension historique pour se situer dans un contexte d'une grande actualité, un contexte de revendications de droits et garanties supplémentaires pour les individus face à l'action administrative. Si l'on admet ou revendique pour ces derniers un droit à l'information et à la confidentialité, un droit à la motivation des actes administratifs, un droit à la consultation et à la participation, de même que des garanties dans le déroulement de la procédure administrative, contentieuse ou non, de nombreux privilèges et prérogatives reconnus à l'Administration peuvent apparaître sans trop de difficulté comme étant anachroniques :

> tout ce mécanisme avantageux pour le gouvernement est à la fois antidémocratique et démodé à une époque où les gouvernements sont responsables d'environ 40% de l'activité économique du pays. (Tremblay, 1982, p. 77)

Faudrait-il en conséquence s'orienter vers des changements radicaux pour supprimer ce qui est désuet?

Si la nécessité d'une appréciation critique de la situation actuelle s'impose de plus en plus à l'attention, la complexité de ce sujet est telle qu'il faut toutefois éviter d'agir avec précipitation. La prudence et le désir de parvenir à un minimum de rigueur nous obligent en quelque sorte à faire une pause. La situation est en effet propice à une réflexion fondamentale.

Comme on peut le constater à ce stade préliminaire, l'étude du statut juridique de l'Administration fédérale recoupe celui de la Couronne elle-même, ces deux réalités ayant tendance à se fondre partiellement l'une dans l'autre. La confusion qui en résulte a toujours nui considérablement à une analyse claire et cohérente de la situation. Dès le départ, la Commission a donc été confrontée à plusieurs difficultés majeures, non seulement pour tenter de différencier ces deux réalités, mais aussi pour élaborer un programme de recherche compte tenu des problèmes inhérents à la notion de Couronne. En effet, les privilèges et immunités de cette dernière ont toujours constitué un sujet redoutable sur le plan de l'analyse juridique. L'étude du régime juridique de la Couronne recouvre une importante partie du droit administratif, puisque cette institution sert de fondement à des règles spéciales en matière de responsabilité délictuelle, de contrats, de privilèges procéduraux, de secret administratif, d'immunité contentieuse, de domaine public, de recouvrement de créances, d'applicabilité des lois, d'exécution des jugements, etc. La Couronne apparaît ainsi comme le point de passage obligé pour parvenir à une présentation rationnelle des principaux éléments juridiques qui concernent plus directement l'Administration.

Même si cette compréhension initiale de l'importance et de l'ambivalence de cette dualité Couronne-Administration nous permet de mieux délimiter le champ de cette recherche, plusieurs difficultés n'en sont pas pour autant résolues. D'abord, la complexité et l'immensité d'un tel sujet s'opposent à la formulation de propositions concrètes de changement dans une perspective à court terme. Pour couvrir l'ensemble de la matière, nous avons dû nous orienter vers une démarche de caractère «étapiste». La complexité inhérente à chacun des privilèges ou immunités de la Couronne nécessite une série de monographies spécialisées. Toutefois, le besoin d'une étude préliminaire se faisait toujours sentir, ne serait-ce que pour clarifier certains points fondamentaux, esquisser un programme de recherches et éviter des redites. C'est ainsi qu'est né ce texte d'orientation générale qui a pour fonction d'encadrer les recherches en cours ou à venir. Il permet de formuler des principes généraux et d'élaborer une véritable doctrine sur le sujet. Dès le départ, il n'avait pas été conçu en vue de présenter des propositions concrètes de réforme, ces dernières étant réservées aux monographies spécialisées.

D'autres difficultés permettent également de justifier l'existence de ce texte de réflexion. En ce moment, il n'existe aucune étude de synthèse sur ce sujet au Canada ou en Grande-Bretagne, ce qui complique considérablement les choses pour en arriver à une vue cohérente et précise de ce domaine du droit public. Il faut notamment constater l'absence quasi générale d'explications théoriques de ces privilèges et immunités. La science juridique a privilégié jusqu'ici des énumérations descriptives au détriment de tout essai général en vue d'un changement. Il faut sans doute y voir un certain découragement en présence d'une matière insaisissable et de l'ampleur des recherches à faire pour clarifier un domaine confus. Ce phénomène est aggravé par une difficulté initiale de taille, celle qui consiste à définir correctement ce qu'est la Couronne pour les fins du droit administratif. À ce stade de la recherche, il nous apparaît donc important de délaisser la simple énumération descriptive pour tenter de résoudre certaines difficultés conceptuelles et proposer ainsi un cadre d'analyse par le biais d'une philosophie globale.

Par cette démarche générale, la Commission n'entend pas forger artificiellement une nouvelle théorie de l'État ou de la fonction exécutive. Il s'agit au contraire de procéder à un constat pour proposer un nouveau statut de l'Administration fédérale qui puisse être mieux adapté au contexte juridique et social du Canada dans une perspective qui ne se limite pas au droit traditionnel. Pour cela, point n'est besoin de recourir pour l'instant à des analyses proprement politiques, sociologiques ou économiques de la situation puisque les textes juridiques consacrent à des degrés divers les lignes de fond de la réalité de ce pays. Même dans ce cadre limité, il est toujours possible de prendre un peu de recul en tentant de recenser tous les éléments juridiques susceptibles de conditionner le statut juridique de la fonction exécutive. L'unité d'inspiration de ces éléments reste suffisante pour dégager quelques principes directeurs en fonction de l'état du droit public contemporain. Une réflexion générale n'est certes pas exempte de difficultés méthodologiques compte tenu de l'immensité du sujet et de son caractère hétérogène. Par contre, une longue et minutieuse exégèse de chaque privilège risquerait fort de nous offrir une somme de cas particuliers sans lien commun.

Cette réflexion de base apparaît d'autant plus nécessaire que le dualisme actuel offre la possibilité d'un choix. Puisqu'une partie de l'Administration ne bénéficie d'aucun

régime spécial, on peut s'interroger sur la possibilité d'étendre davantage cette solution, ou au contraire, la juger inadaptée aux exigences administratives. Or, ce choix ne peut être correctement effectué au vu d'une analyse qui se limiterait aux seules incohérences internes du régime actuel. L'Administration est un phénomène situé qui est en relations constantes avec les individus. Son statut dépend donc dans une large mesure de la nature des relations qu'elle entretient avec ceux-ci. Ceci montre l'utilité de développer une philosophie globale des rapports Administration-administrés qui puisse permettre une réévaluation beaucoup plus critique du régime actuel. Comme les doctrines anglo-canadienne ou britannique n'ont proposé jusqu'à ce jour aucune analyse de ce type dans le domaine qui nous intéresse, le lecteur ne doit pas s'étonner de l'importance relative accordée aux auteurs québécois, ni par ailleurs de la nouveauté de certains développements.

L'existence d'intérêts apparemment contradictoires ne facilite pas le choix des modifications qui pourraient être apportées au régime juridique de l'Administration fédérale. L'Administration intervient plus que jamais dans la vie économique et sociale. Comme ces interventions nécessitent des moyens qui soient à la mesure de responsabilités aussi étendues, des pouvoirs et privilèges spéciaux peuvent se justifier pour atteindre certaines fins d'intérêt général. Au nom de l'intérêt de toute la collectivité, l'Administration peut prétendre échapper à la règle commune pour revendiquer un statut distinct, l'efficacité de son action étant assurée par l'existence d'immunités et de privilèges. Des auteurs britanniques n'ont d'ailleurs pas hésité à affirmer que ces derniers étaient «essentiels» pour l'action gouvernementale (Harvey et Bather, 1977, p. 228; Wade et Phillips, 1980, p. 234)[1]. À l'inverse, il est possible d'affirmer que l'évolution du droit actuel est largement favorable à un accroissement des droits et garanties des individus face à l'action administrative. Au nom de la primauté des droits individuels et des libertés publiques, il est possible d'en arriver à la conclusion que l'État doit s'effacer en n'ayant aucune forme de prééminence spéciale sur les individus.

La première partie de cette étude aura donc un caractère descriptif plus marqué en attirant l'attention sur les circonstances qui sont à l'origine de la situation actuelle. En effet, il est nécessaire de comprendre les raisons pour lesquelles le droit public semble méconnaître le fait que le Canada dispose d'un appareil étatique très développé. L'absence d'un statut moderne et cohérent pour l'Administration fédérale requiert en effet un minimum d'actualisation du droit (Chapitre un : *L'absence d'un statut moderne et cohérent*). Ce changement ne pourra véritablement apparaître qu'à la lumière d'une problématique qui tentera de concilier les intérêts apparemment contradictoires des protagonistes en présence, Administration et individus (Chapitre deux : *La recherche d'une problématique de changement*). C'est ainsi que seront susceptibles d'apparaître des orientations mieux adaptées à la réalité, lesquelles pourront servir de base à l'élaboration d'un nouveau statut juridique pour l'Administration fédérale. Toutes les recherches particulières que la Commission entend poursuivre pourront ainsi acquérir une indispensable cohérence par l'unité de leur inspiration. Ce document se propose donc de formuler les premiers fondements de ce plan d'ensemble.

---

1. De façon plus discrète, Foulkes, 1982, p. 2, rappelle que [TRADUCTION] «... si la collectivité décide que certains objectifs ne peuvent être atteints que grâce à une intervention publique, il faut dès lors accorder les pouvoirs nécessaires aux autorités responsables».

CHAPITRE UN

L'absence d'un statut moderne et cohérent

La notion de Couronne occupe une place majeure dans le domaine qui retient notre attention puisque c'est en grande partie cette institution qui sert de fondement à de nombreux privilèges et immunités. Le common law et diverses codifications législatives[2] reconnaissent implicitement un statut particulier à la Couronne fédérale et par association, à une importante partie de l'Administration. Or, comme la notion de Couronne est une émanation directe de la société féodale, on peut se demander si elle est pleinement adaptée au contexte de l'État technologique et scientifique de la fin du vingtième siècle. Elle fait référence à un long passé qui a vu s'effriter graduellement les prérogatives de la monarchie au profit du Parlement. L'utilisation du terme «Couronne» est d'autant plus étonnante qu'elle semble dissimuler le passage de la fonction exécutive de la personne du Monarque à un Gouvernement responsable devant le Parlement. Même si la notion de Couronne joue un rôle indiscutable dans le fonctionnement de tout État contemporain d'inspiration britannique, elle représente une réalité complexe et ambiguë qui ne peut prendre consistance que moyennant un rappel historique (Section I : *Les origines de la situation actuelle*) et une tentative de démystification (Section II : *La permanence des apparences trompeuses*).

I. Les origines de la situation actuelle

Le statut juridique de l'Administration fédérale est le produit d'une évolution historique et institutionnelle qu'il est difficile d'ignorer pour des fins de réforme. Au Canada, le cumul du développement particulier des institutions britanniques, d'une part, et de l'expérience du fédéralisme et des organismes autonomes, d'autre part, contribue à créer une situation tout à fait originale. Les circonstances qui ont présidé à l'avènement de cette situation découlent essentiellement de trois causes principales. Les problèmes organisationnels propres au fédéralisme canadien et à la structure de l'Administration fédérale restent indissociables de cette toile de fond qu'est l'évolution spéciale du régime juridique de la Couronne. C'est donc vers la signification particulière de l'institution royale en Grande-Bretagne qu'il faut d'abord se tourner avant d'évoquer des faits plus proprement canadiens.

---

2. Voir, par exemple, la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* (ci-après appelée «Loi de 1953»).

A. Le poids de la tradition historique

La Couronne est au cœur de toute problématique concernant les institutions administratives. Il est dès lors tentant de croire que la situation actuelle est essentiellement le produit de l'histoire au détriment de toute autre forme d'explication. Comme de fait, l'exposé historique conserve une grande importance pour ce sujet, puisqu'il permet de comprendre la relativité d'un régime juridique qui est le produit de tout un millénaire d'histoire. La situation actuelle n'apparaît pas cependant comme le résultat exclusif d'un déterminisme historique, qui rendrait vaine toute tentative de clarification ou de systématisation. Cette réserve étant faite, l'histoire reprend sa juste dimension pour expliquer l'existence d'un curieux paradoxe qui a abouti à la consécration d'une prééminence spéciale pour la Couronne et une importante partie de l'Administration.

1. L'existence d'un paradoxe

Paradoxalement, le droit public anglo-saxon consacre à la fois la confusion et la séparation des pouvoirs. La survie de l'institution royale renvoie à une époque où toutes les fonctions de l'État se retrouvaient plus ou moins confusément au sein de la personne du Monarque, alors qu'en contrepartie, plusieurs institutions ont accompli une évolution décisive vers un régime de séparation, ce, dans la droite ligne de la pensée de Montesquieu. Cette règle se vérifie aisément pour le pouvoir judiciaire. C'est notamment avec l'*Act of Settlement* (1701) que la fonction judiciaire s'est vue reconnaître plusieurs droits et garanties pour assurer son intégrité et son indépendance (Hood Phillips et Jackson, 1978, p. 377). Elle constitue véritablement une fonction distincte et indépendante au sein de l'État, même si pour la nomination des juges et son organisation administrative, elle relève de l'Exécutif (Brun et Tremblay, 1982, p. 513). Pourtant, les tribunaux sont encore *the King's Courts*, simples émanations de la justice royale[3]. À titre de fontaine de justice, le Monarque ne fait que déléguer à ses tribunaux le pouvoir de dire le droit et de trancher des litiges. En apparence, la Couronne dément donc le principe de la séparation des pouvoirs puisque toutes les fonctions étatiques procèdent du Souverain.

a) La survie du principe unitaire

Historiquement, le pouvoir royal se traduisait par l'unité de l'État. Les fonctions législative, judiciaire et exécutive émanaient directement d'une seule personne occupant le trône. De nos jours encore, le Roi siège en son Parlement, les tribunaux sont ceux du Souverain, l'Administration est le service de Sa Majesté, le Monarque est le chef de l'État, comme il est également le défenseur du royaume à titre de commandant des Armées, ainsi que le défenseur de la Foi (de Smith, 1981, p. 99). De multiples fonctions spirituelles et temporelles se retrouvent ainsi au sein d'une institution qui est absolue dans tous les

3. [TRADUCTION] «La compétence de tous les tribunaux découle directement ou indirectement de la Couronne. Les procédures utilisées se déroulent généralement au nom du Roi ...» (Blackstone, 1829, chap. 7).

sens du terme, puisqu'elle est un organe suprême qui incarne toutes les fonctions de l'État. Cette confusion première remonte au douzième siècle, époque où le Roi réussissait à affermir son pouvoir sur la société féodale, devenant ainsi le premier des seigneurs du Royaume. C'est notamment sous le règne du premier des Plantagenêts, Henri II (1154-1189), que s'est développée une institution dont l'importance sera décisive pour la suite des événements. À l'image du Monarque, la *Curia Regis* exerçait de multiples fonctions, financières et judiciaires, de même qu'elle assurait des tâches de secrétariat (Turner, 1968, p. 14; Harding, 1973, p. 38). Elle apparaît vraiment comme l'embryon de ce qui allait devenir par la suite l'Exécutif et l'Administration de l'Angleterre moderne. Son évolution se résume donc à la spécialisation croissante de ses fonctions.

Même si des exigences d'organisation et de fonctionnement favorisaient tout naturellement cette issue, la coexistence au sein d'un même organe des fonctions judiciaire et administrative n'en a pas moins été la source de grandes difficultés. Au départ, aucune distinction vraiment nette ne séparait «l'administration de la justice» de la gestion des finances et du domaine royal[4]. Il faut simplement constater une certaine prééminence de la première sur la seconde à cause d'un trait culturel proprement anglo-saxon. Comme le rappelait au treizième siècle Henri de Bracton, [TRADUCTION] «le Roi était le juge ordinaire du Royaume, et sa tâche première et principale consistait à trancher les litiges» (Turner, 1968, p. 9). Par ailleurs, l'indépendance des juges a été le fruit d'une longue évolution, puisqu'au départ, il ne s'agissait que de fonctions spécialisées au sein d'un même organe (Holdsworth, 1922, p. 144). Ainsi, lorsque sous le règne de Jean sans Terre, la justice allait cesser d'être itinérante pour se sédentariser à Westminster, les appels en provenance des tribunaux de common law devaient être entendus par quelques magistrats royaux rattachés à la *Magna Curia Regis*. Pour tenter de rationaliser un flot croissant d'appels, ces magistrats devaient graduellement former un groupe spécialisé, connu sous le terme générique de *coram rege* (Turner, 1968, p. 27). De cette entité, allaient apparaître ultérieurement la *Court of Common Pleas* et la *Court of King's Bench* (de Smith, 1981, p. 141). De nos jours, ce dualisme fonctionnel se perpétue encore au sein du Conseil privé, lequel contient un Comité judiciaire : [TRADUCTION] «le Comité judiciaire du Conseil privé est formellement un organe exécutif, mais en fait, il est un tribunal de droit indépendant» (Wade et Phillips, 1980, p. 50). Cette confusion se retrouve aussi dans la notion de tribunaux administratifs où la séparation des fonctions administrative et quasi judiciaire soulève de délicats problèmes (Garant, 1985, p. 132).

b) Les conséquences de la dépendance relationnelle avec la Couronne

Même si le droit public anglo-saxon a indéniablement évolué vers un régime de séparation des pouvoirs, cette confusion originelle n'en paralyse pas moins la modernisation de ce secteur du droit. Elle soulève en effet deux difficultés qui sont loin d'être négligeables.

---

4. [TRADUCTION] «L'appareil administratif du Roi a servi non seulement à la gestion de ses terres domaniales, à la levée de ses droits ou, comme on les appelait, de ses créances, mais également à l'exécution de ses ordres visant à régler les différends entre les particuliers, de même qu'à l'administration de la justice dans ce que l'on appelait alors les ‹plaids› de la Couronne, c'est-à-dire les affaires criminelles» (Ehrlich, 1921, p. 19). Voir également Strayer, 1979.

À un niveau essentiellement théorique, il faut d'abord constater que chaque fonction étatique n'est pas véritablement indépendante de l'institution royale (Hood Phillips et Jackson, 1978, p. 31). Il s'agit bien sûr d'une simple fiction juridique qui n'est pas sans évoquer le statut juridique du Canada qui, avant 1982, ne pouvait prétendre être un État pleinement souverain, même si dans les faits, il l'était effectivement devenu. De même, sur le plan de son organisation interne, tout se passe comme si le Monarque était omniprésent, véritable incarnation de l'État en toutes ses composantes. Le langage courant reflète bien cette réalité puisqu'on fait volontiers allusion aux terres de la Couronne, au procureur de la Couronne, à un ministre de la Couronne, au discours du Trône, à la sanction royale, aux Postes royales[5], ou encore, tout simplement, à la Couronne, pour désigner le Gouvernement. Non seulement, cette référence constante à la monarchie soulève des problèmes lorsqu'il s'agit de distinguer toutes ces réalités les unes des autres, mais en plus, il faut tenter de surmonter une étroite dépendance relationnelle avec l'institution royale, laquelle se concrétise par des filiations, des privilèges, des immunités, des pouvoirs exorbitants. Par exemple, dans le cas des tribunaux, la procédure d'outrage au tribunal ne peut s'expliquer véritablement que par une référence directe au Monarque, puisque les juges répriment des comportements qui remettent en cause l'autorité des tribunaux établis par le Roi[6]. Par fiction, l'outrage commis à l'égard de l'autorité d'un magistrat revient ni plus ni moins à outrager le Monarque lui-même. Pourtant, les fonctions parlementaire et judiciaire se sont nettement émancipées face à la Couronne (*Magna Carta*, 1215; *Case of Proclamations*, 1611; *Bill of Rights*, 1689; *Act of Settlement*, 1701). Comme telles, elles ne sont pas associées directement à la Couronne même si cette dernière peut les contrôler par le dépôt des projets de loi et par la nomination des juges. Dans le cas du Gouvernement et de l'Administration, cette différenciation n'a jamais eu lieu, si bien qu'il est très difficile de concevoir la fonction exécutive comme une réalité autonome.

La seconde difficulté, liée directement à la première, est justement fonction de l'impossibilité d'une distinction claire entre Couronne et Gouvernement, Gouvernement et Administration, et enfin, entre Couronne et Administration. En droit, tout se passe comme si cette trilogie n'était qu'une seule réalité. C'est d'abord l'histoire qui le veut ainsi. Par une série de mutations, la fonction exécutive de la *Curia Regis* passe au *Council*, puis au *Privy Council*, et enfin, par suite d'une initiative de Jacques II, hostile au Conseil privé, au Cabinet (de Smith, 1981, p. 181). Sous l'impulsion de Sir Robert Walpole, ce Cabinet allait vraiment devenir [TRADUCTION] «le principal conseiller du Roi, digne de confiance». Par tradition historique et par fiction légale, le Gouvernement et le Conseil des ministres se rattachent ainsi directement à la Couronne. Celle-ci personnifie avant tout l'Exécutif et l'Administration. Les explications relatives aux services publics le montrent d'ailleurs bien. Pour de Smith, le *civil service* se définit par référence aux agents et fonctionnaires qui le composent :

---

5. Ce terme désignait autrefois le service postal de Grande-Bretagne. Au Canada, cette expression a été abandonnée au profit des «Postes canadiennes», lesquelles sont devenues depuis 1981 la Société canadienne des postes.

6. [TRADUCTION] «En leur qualité d'agents du Roi, les tribunaux ont fondé l'utilisation de l'outrage au tribunal en pareils cas sur l'outrage direct à l'autorité du Roi» (Watkins, 1967, p. 136).

[TRADUCTION]
un fonctionnaire est un agent de la Couronne qui est nommé directement ou indirectement par la Couronne, qui tire son entière rétribution des fonds fournis par le Parlement et qui est employé dans un ministère du Gouvernement. (*Id.*, p. 185)

Et ces *Departments* ou *Offices* ont habituellement à leur tête un *Minister of the Crown* responsable devant le Parlement. La boucle se trouve ainsi complétée. Fonctionnaires, services, ministères, ministres, Gouvernement se trouvent amalgamés à la Couronne et bénéficient à des titres divers de la totalité de ses privilèges ou seulement de certains d'entre eux.

Cet imbroglio soulève deux difficultés nouvelles pour la réalisation de cette étude. Dans la perspective d'une réforme du statut juridique de l'Administration fédérale, le régime juridique propre à la Couronne est à la source de nombreux privilèges et pouvoirs pour une importante partie de l'Administration. Or, si certains de ces privilèges n'ont à toutes fins pratiques que des incidences administratives (règles spéciales en matière de responsabilité délictuelle, pouvoir de congédiement unilatéral des agents et fonctionnaires, secret administratif, etc.), d'autres se rattachent plus directement à l'exercice de la fonction gouvernementale (par exemple, la prérogative royale dans les domaines de la défense et des relations diplomatiques). Est-il dès lors possible de faire une distinction claire entre ce qui est simplement administratif d'une part, et ce qui d'autre part, est proprement gouvernemental[7]? Ne faut-il pas accepter le risque qu'une réévaluation du statut juridique de l'Administration fédérale nous oblige à réexaminer à quelques reprises certains pouvoirs et privilèges détenus par le Gouvernement, ce, pour la simple raison que ces deux institutions se trouvent confusément associées à la Couronne? Puisque de nombreux privilèges concernent toute la fonction exécutive, leur modification éventuelle aura forcément des répercussions sur chacune des composantes de l'Exécutif.

L'autre difficulté se révèle à son tour assez délicate. Dans un contexte où c'est la Couronne qui symbolise et incarne la fonction exécutive, une étude qui entend surtout se limiter aux privilèges de l'Administration force à innover et à s'éloigner de la tradition. Dans ses conceptions les plus classiques, le droit public anglo-saxon ne facilite guère l'apparition de la notion «Administration» en tant que réalité distincte obéissant à des finalités qui lui soient propres. Et pourtant, l'Administration existe ... pour pasticher ici Galilée. Tant sur le plan fonctionnel qu'au niveau de son organisation et de ses finalités, elle représente un objet distinct pour les fins du droit et de la science administrative. L'Administration apparaît ainsi comme un ensemble de moyens matériels et humains créés pour l'application concrète des lois, pour la gestion de services publics dits d'intérêt général et pour la délivrance de prestations. Au Canada, l'État fédéral possède une Administration particulièrement importante qui comprend des services centraux comme les ministères, des organismes autonomes du type commission, office, agence, société,

7. «Même si l'on trace une distinction entre gouvernement et Administration, entre fonction gouvernementale et fonction administrative, il reste que concrètement celui qui cherche à découvrir les règles régissant l'organisation et le fonctionnement des institutions gouvernementales et administratives se retrouve devant un corps de règles à l'intérieur duquel il est difficile de distinguer ce qui concerne le gouvernement ou l'Administration» (Garant, 1985, p. 2).

enfin quelques services déconcentrés et de nombreuses entreprises publiques plus connues sous le nom de corporations de la Couronne[8]. L'Administration fédérale apparaît ainsi comme une réalité distincte et tangible. C'est à cette notion d'Administration que nous entendons constamment nous référer dans cette recherche sans allusion directe et constante à la position qu'elle occupe par rapport à la Couronne. Dans le vocabulaire anglo-saxon, on retrouve encore l'expression *Public Administration* pour désigner ce qui est «l'Administration» dans les autres cultures occidentales. La progression constante de l'expression *Administrative Law* pour désigner le droit applicable aux services publics rend toutefois superflue cette référence à la nature publique.

Malgré toute la confusion qui entoure encore la notion de Couronne, l'Administration peut donc, pour les fins du droit administratif, faire l'objet d'une étude qui porte spécifiquement sur son statut et son régime. Cette entreprise n'en reste pas moins difficile puisque la tradition historique oblige à référer constamment à la Couronne, laquelle occupe une position très ambiguë au sein de l'État. En effet, cette institution pensée et conçue par les juristes des écoles canoniales (notamment Oxford, Paris et Bologne) se superpose de plus en plus mal à l'État technologique et scientifique de la fin du vingtième siècle. Mais par-delà les vicissitudes historiques, la Couronne continue d'offrir une prééminence spéciale à toutes les institutions qui lui sont directement associées.

2. La transposition d'une prééminence spéciale

Aux yeux d'un observateur non averti, la Couronne peut donner l'impression d'être une curiosité sans conséquences réelles, simple reflet de l'attachement à la tradition britannique du droit public. En réalité, cette institution ne peut pas être neutre puisqu'elle incarne encore une conception bien particulière de la fonction exécutive. Par son entremise, il y a eu transposition de la prééminence royale sur les fonctions ou organes qui lui sont directement associés. Pour l'Administration, ce phénomène offre deux conséquences précises.

En dépit de Dicey et de la tradition qui se réclame de son enseignement, il faut bien admettre que la situation actuelle nie partiellement ou complètement la notion de *rule of law*, ou principe de légalité. Dans son sens le plus orthodoxe, ce principe est à l'effet que seul le Parlement et les tribunaux possèdent l'autorité de modifier le droit applicable aux individus (Dicey, 1959, p. 193). Dans un tel régime, l'Administration n'a en principe aucun pouvoir propre, cette fonction étant subordonnée au Parlement et soumise au contrôle judiciaire. Elle apparaît ainsi hiérarchiquement inférieure aux précédentes et ne serait dotée d'aucun statut particulier en termes de droit public (Garner, 1929; Robson,

---

8. Bien que ce fait ait tendance à être méconnu, les entreprises publiques font également partie de l'Administration. Dans l'affaire *British Columbia Development Corporation c. Friedmann (Ombudsman)*, [1984] 2 R.C.S. 447; (1984), 55 N.R. 298, la Cour suprême en a d'ailleurs décidé ainsi :

> Rien dans les termes «administration» ou «administratif» n'exclut les décisions rendues par des organismes gouvernementaux en matière de propriété ou en matière «commerciale». Ces termes sont suffisamment généraux pour englober toutes les conduites adoptées par un organisme gouvernemental pour promouvoir une politique du gouvernement — «commerciale» ou autre. (Le juge Dickson, p. 470 (R.C.S.); p. 311 (N.R.))

1952). Ce fait tranche avec la tradition continentale du droit administratif où l'Administration bénéficie d'un régime distinct, ce qui a permis de faire du droit administratif une discipline véritablement autonome (David, 1980, p. 81; de Laubadère, 1983, p. 27). Le droit britannique a refusé de suivre cette voie en mettant un accent particulier sur les libertés individuelles, dont seuls le Parlement et les tribunaux pourraient être les garants[9]. En principe, le droit public anglais aurait donc pour objet de circonscrire au maximum les pouvoirs de l'Administration en vue de respecter certaines valeurs politiques[10].

Peu nombreux sont désormais ceux qui voient dans cette présentation une illustration directe de la réalité. Pendant trop longtemps, on a refusé d'admettre que la *rule of law* était une orientation générale à laquelle devait se conformer l'État. Tout comme «l'État de Droit» (*Rechtsstaat*) des juristes allemands, la *rule of law* est surtout l'expression d'une finalité du droit public, et ce, malgré de nombreuses réalisations tangibles à cet effet. Historiquement, la *rule of law* apparaît comme un programme d'action pour liquider les séquelles juridiques de l'État médiéval, lequel était caractérisé par une prééminence absolue de l'Exécutif. L'apport de Dicey a justement été de comprendre et de systématiser une évolution accomplie en deux siècles (1688-1889) pour formuler un principe de légalité mieux adapté à la société libérale de son temps. La synthèse diceyenne apparaît de la sorte comme une rétrospective pour les fins d'un nouveau départ fondé sur la suprématie du Parlement. Or, ce but a-t-il été atteint?

Alors que dans les facultés de droit, les idées de Dicey allaient devenir ce credo que l'on connaît, le droit britannique n'a pas accompli entièrement cette évolution que plusieurs prenaient déjà pour une réalité absolue. En étant associée à la Couronne, l'Administration acquiert une prééminence spéciale qui dément cette vision trop rassurante. En termes de souveraineté au sein de l'État, la Couronne est bien, quoiqu'on en dise, la première entre toutes. Puisque Sa Majesté exerce aussi la fonction de chef d'État, elle est hiérarchiquement supérieure au Parlement et aux tribunaux. Cette position excentrique se matérialise surtout par un statut exorbitant. On oublie trop rapidement que la Couronne est encore «au-dessus des lois» comme aux plus belles heures du treizième siècle. Sur le plan formel, à moins d'une mention expresse de la loi à cet effet, ou à défaut de pouvoir utiliser la théorie de l'implication nécessaire, la Couronne n'est pas liée par les lois malgré la sanction qu'elle leur apporte[11]. Sur le plan pratique, le contrôle politique du Parlement relève du Gouvernement. La Couronne peut dès lors s'octroyer tous les privilèges qu'elle entend ou préserver le champ privilégié que lui reconnaît le common law. Ses nombreux

---

9. Sur l'influence des idées de Dicey, voir notamment Distel, 1971, p. 364.

10. Cette orientation de fond apparaît encore clairement à la lecture d'auteurs britanniques qui mettent un accent particulier sur les thèmes du «contrôle», des «pouvoirs» et des «limites». Voir notamment Garner, 1979, p. 25, qui associe clairement la finalité du droit administratif à l'idée de contrôle : [TRADUCTION] «Notre but n'est pas d'énumérer chacun des nombreux pouvoirs de l'Administration, mais plutôt d'étudier et de montrer dans quelle mesure et par quels moyens ces pouvoirs sont assujettis à un certain degré de contrôle». Même chez ceux qui s'éloignent de ce genre de vision stéréotypée en rappelant que l'Administration apparaît également comme une institution vouée à la délivrance de services et de prestations, le thème du contrôle demeure très important. Voir par exemple les propos introductifs de Foulkes, 1982, p. 3.

11. [TRADUCTION] «Ainsi, la Couronne n'est pas liée par une loi du Parlement, à moins que cette loi ne le dise expressément ou par implication nécessaire» (Foulkes, 1982, p. 12).

privilèges et immunités ont souvent pour effet d'exclure l'application des règles ordinaires du droit privé. Devant les tribunaux, elle peut revendiquer dans bien des domaines un droit distinct (Chitty, 1820; Robertson, 1908; Williams, 1948; Currie, 1953).

Pour l'Administration qui bénéficie du régime juridique de la Couronne, le droit public anglais lui consacre donc une prééminence spéciale (première conséquence) qui la place de facto au-dessus des autres organes de l'État, rendant ainsi aléatoires la portée et la signification du principe de légalité (deuxième conséquence). Autrement dit, l'Administration du modèle anglo-saxon est régie dans bien des cas par une légalité qui lui est propre[12], souvent exorbitante en comparaison des solutions française ou allemande où la soumission de l'Administration au droit et au contrôle juridictionnel a progressé de façon plus significative. Au Canada, ce décalage entre la réalité et les principes généraux du droit public présente une acuité plus marquée dans la mesure où ce pays progresse vers un système de légalité écrite. Il y aurait donc antinomie avec la nouvelle *Charte canadienne des droits et libertés* qui reconnaît explicitement le principe de légalité dans sa formule introductive[13]. Les différences avec la situation britannique vont toutefois beaucoup plus loin. Non seulement le Canada est doté d'une structure fédérale, mais en plus, le développement de son Administration a été marqué par le phénomène des organismes autonomes. Ces deux nouveaux éléments contribuent à accroître singulièrement la complexité du statut juridique de l'Administration fédérale.

B. La complexité des institutions canadiennes

Entamé au début de ce siècle, un morcellement progressif de l'Administration fédérale a permis une remarquable extension de privilèges spéciaux que l'on aurait pu croire réservés au seul Gouvernement. Tout s'est passé comme si la Couronne avait fait tache d'huile, ne cessant de rayonner par personnes interposées. C'est d'abord l'Administration centrale qui est associée à la Couronne[14], chaque ministère ayant à sa direction «un ministre de la Couronne», lequel représente souvent l'unité administrative qu'il dirige dans les instances contentieuses, si ce n'est plus simplement la Couronne elle-même qui assure cette représentation par l'intermédiaire du Procureur général du Canada. Pour ce qui est des organismes autonomes, un premier inventaire montre l'importance qu'y occupe le régime juridique de la Couronne (C.R.D.C., 1980, p. 167). Non seulement un grand nombre se voient reconnaître expressément par la loi la qualité de mandataire de la Couronne — à titre d'exemple, Commission d'énergie du Nord canadien (par. 4(1));

---

12. La doctrine britannique affecte pourtant de croire le contraire en rappelant que le droit public fait partie intégrante du corpus général du common law (Garner, 1979, p. 25). Le common law n'en consacre pas moins tout un ensemble de règles spéciales applicables à la Couronne.

13. «Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit» (sic).

14. [TRADUCTION] «Ce que nous avons, c'est la Couronne, laquelle représente la totalité des pouvoirs du Gouvernement central; nous pouvons également affirmer que le Gouvernement central exerce ses pouvoirs au nom de la Couronne» (Foulkes, 1982, p. 11)

Conseil des Sciences du Canada (par. 15(1)); Commission de la Capitale nationale (par. 4(1)); Conseil national de recherches (par. 9(1)); Conseil de recherches médicales (par. 13(1)); Conseil des ports nationaux (par. 3(2)); Commission d'assurance-chômage (par. 6(1)); Administration de la voie maritime du Saint-Laurent (par. 3(2)); Monnaie (par. 5(1)); Office canadien des provendes (par. 9(1) de la *Loi sur l'aide à l'alimentation des animaux*); Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (par. 10(1)); Conseil de recherches en sciences humaines (par. 16(1)); Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie (par. 37(1)); Office de stabilisation des prix agricoles (par. 4(1)); Commission de contrôle de l'énergie atomique (art. 3); Société Radio-Canada (par. 40(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*) — mais en plus, un nombre impressionnant de dispositions spéciales associent partiellement ce qui reste à l'un des privilèges de la Couronne (Dyke et Mockle, 1983). À toutes fins pratiques, le régime juridique de la Couronne s'applique à des degrés divers à la plupart des organismes fédéraux, y compris les corporations de la Couronne. Ce constat de l'importance qualitative et quantitative d'un tel régime au sein de l'Administration fédérale montre l'urgence d'une révision critique. Elle semble d'autant plus nécessaire que le fonctionnement du fédéralisme n'a fait qu'accroître la portée de ses immunités spéciales. En toute logique, c'est cette dimension proprement étatique qui doit d'abord être examinée.

1. L'impact du fédéralisme

La brève évocation de la tradition britannique permet d'entrevoir en partie la place qu'occupe la Couronne dans le fonctionnement «interne» de l'Administration fédérale. En effet, c'est le statut même de cette Administration qui est confusément associé à l'institution royale. C'est l'histoire qui le veut ainsi puisqu'à l'origine le Canada formait une colonie dont le territoire et les habitants relevaient directement de la Couronne. À défaut d'une intervention du Parlement britannique, cette colonie était entièrement soumise à l'exercice de la prérogative royale, les proclamations royales pouvant même faire office de lois (voir la *Proclamation royale du 7 octobre 1763*). Ce pouvoir, la Couronne britannique l'exerçait par l'entremise d'un gouverneur colonial, le «Gouverneur-Général du Canada». Ce fonctionnaire bénéficiait ainsi de pouvoirs exorbitants et presque illimités pour administrer la colonie dans sa dimension interne. Toutefois, l'adoption de plusieurs lois britanniques (l'*Acte de Québec de 1774*; l'*Acte constitutionnel de 1791*; l'*Acte d'Union, 1840*) a eu pour effet de modifier le statut juridique du Canada, lequel devait graduellement accéder à un régime parlementaire de type britannique. Cette évolution s'est déroulée sur un siècle complet, du *Traité de Paris* (1763) jusqu'à la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette dernière modifiant profondément le statut du «Gouverneur-Général» en assurant le transfert de nombreux privilèges et immunités de la Couronne au Gouvernement («Gouverneur-Général en Conseil») (*Loi constitutionnelle de 1867*, article 12). Dès lors, l'introduction du régime parlementaire devait s'effectuer par la transposition des règles britanniques (en particulier, les textes fondamentaux du dix-septième siècle) régissant les rapports entre le Parlement et l'Exécutif. En principe, la position constitutionnelle de la Couronne est donc pour l'essentiel la même au Canada et en Grande-Bretagne.

Dans le cas du Canada, la réalité est toutefois plus complexe. Contrairement à ce qui se passe pour un État unitaire comme la Grande-Bretagne, le fédéralisme a été la

cause d'un morcellement de la Couronne. Sa Majesté exerce aussi les fonctions d'autorité suprême pour chacune des provinces de ce pays, si bien qu'il en résulte onze couronnes distinctes dotées chacune d'une personnalité morale et juridique qui lui est propre.

Le fédéralisme canadien est ainsi à l'origine d'une situation difficile à rationaliser correctement. En effet, comment faire comprendre qu'il existe onze couronnes en une seule, Sa Majesté n'en restant pas moins une seule et même personne[15] même si onze personnes coexistent en elle avec des personnalités juridiques distinctes? Il s'agit d'un mystère proprement théologique qui ne peut être expliqué à la limite que par une comparaison avec la notion de consubstantiation. Même si la Couronne reste unique et indivisible dans son essence propre[16], la Couronne fédérale et les dix Couronnes provinciales n'en forment pas moins des entités complètement distinctes. Elles peuvent dès lors s'opposer mutuellement leurs privilèges et immunités, quoique la Couronne fédérale dispose d'une prééminence qui a été déterminante pour l'évolution du fédéralisme canadien.

Pour l'Administration fédérale, cette situation un peu compliquée lui procure deux nouveaux avantages. Comme la Constitution réserve une compétence exclusive aux provinces en matière de droit privé et de procédure judiciaire, les Couronnes provinciales se trouvent régies par des dispositions proprement provinciales. La Couronne fédérale, par contre, peut bénéficier de nouveaux privilèges et immunités que l'on ne retrouve pas forcément dans les lois fédérales. En effet, elle peut prendre avantage des dispositions provinciales pour les litiges ayant pris naissance dans la province, sauf disposition contraire prévue expressément par une loi fédérale. Par ailleurs, comme les autorités fédérales ne sont pas compétentes pour régler la marche et la procédure des instances contentieuses devant les tribunaux provinciaux, le statut juridique de l'Administration fédérale se trouve substantiellement complété par des dispositions provinciales[17]. Comme ces dispositions varient assez souvent d'une province à l'autre, le statut de l'Administration fédérale devient encore plus ambivalent et perd définitivement le peu d'unité qu'il lui restait. À des incohérences internes se superpose ainsi une fragmentation externe.

L'autre difficulté, cette fois-ci majeure, découle du privilège de non-application des lois à la Couronne. Sur la scène fédérale, la formulation de l'article 16 de la *Loi d'interprétation* confère à ce privilège un sens absolu : «Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue». Il faut surtout

15. Sa Majesté est une personne morale en plus d'être une personne physique. Plus exactement, elle est une «*corporation sole*». Voir Maitland, 1901 et Kantorowicz, 1957.

16. Cuppaidge, 1953-54, p. 596; O'Connell, 1957, p. 105. Comme le signale Mundell, [TRADUCTION] «Sa Majesté est la même personne à titre de chef d'État pour chacun des deux types de Gouvernement au Canada» (1960, p. 70).

17. Colombie-Britannique : *Crown Proceeding Act*; Alberta : *Proceedings Against the Crown Act*; Saskatchewan : *The Proceedings against the Crown Act*; Manitoba : *The Proceedings Against the Crown Act*; Ontario : *Proceedings Against the Crown Act*; Québec : articles 94 à 100 du *Code de procédure civile*; Nouveau-Brunswick : *Loi sur les procédures contre la Couronne*; Nouvelle-Écosse : *Proceedings against the Crown Act*; Île-du-Prince-Édouard : *Crown Proceedings Act*; Terre-Neuve : *The Proceedings against the Crown Act*.

retenir de cette formulation que la Couronne fédérale est au-dessus de toute loi qui ne la mentionne pas expressément ou par implication nécessaire[18]. Il en est résulté tout un courant jurisprudentiel et doctrinal selon lequel les Parlements provinciaux ne peuvent, par l'utilisation du mot «Couronne», lier les autorités fédérales[19]. Cette règle a été énoncée clairement dès 1918 par la Cour suprême dans l'affaire *Gauthier*. Cette immunité présente évidemment des conséquences malheureuses. Dans divers domaines, l'Administration fédérale peut en effet violer les lois provinciales tout en bénéficiant d'une immunité complète. C'est le cas de la compagnie Eldorado Nucléaire, une corporation de la Couronne au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État*. La tentative des autorités ontariennes pour l'assujettir aux normes relatives à la protection de l'environnement s'est révélée vaine puisque la Couronne fédérale n'est pas liée par des dispositions provinciales (*R.* v. *Eldorado Nuclear Ltd.* (1982), 128 D.L.R. (3d) 82).

Il faut envisager également que des entreprises publiques fédérales (*R.* c. *Eldorado Nucléaire Ltée et Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551) puissent invoquer leur autonomie administrative pour opposer leur immunité en cas de litige fondé sur l'application d'une disposition fédérale. C'est ce qui est effectivement survenu avec Eldorado Nucléaire et Uranium Canada, récemment poursuivies par le Procureur général du Canada pour avoir violé les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Elles ont opposé leur qualité de mandataire de la Couronne, en invoquant principalement qu'elles ne peuvent, comme Sa Majesté elle-même, faire l'objet de poursuites pénales, et qu'en tout état de cause, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne s'applique pas à la Couronne et à ses mandataires en vertu de l'article 16 de la *Loi d'interprétation*. La Cour suprême a acquiescé à ces arguments en notant que l'autonomie administrative de ces entreprises ne les empêchait pas de revendiquer le statut de mandataire de l'État, puisqu'en l'occurrence, elles agissaient dans le cadre des fins reconnues par la loi et conservaient ainsi leur immunité de principe. Cet arrêt consacre ainsi un nouveau paradoxe, puisque l'association au statut juridique de la Couronne procure en définitive à ces entreprises publiques un statut distinct susceptible de mettre en échec la volonté des autorités centrales. Curieusement, le principe de non-application des lois à la Couronne a été défavorable à cette dernière, puisque cette fois-ci, elle a échoué dans sa tentative d'assujettir ses propres mandataires à la légalité générale telle qu'elle résulte des lois du Parlement.

Ce genre de conflit opposant la Couronne à elle-même en matière pénale a de quoi surprendre, du moins à première vue. Dans la mesure où les composantes de l'Administration fédérale qui sont associées au statut juridique de la Couronne se trouvent confondues avec la personnalité juridique de cette dernière, on aurait pu croire peu

18. Sur les principaux arrêts qui reconnaissent explicitement cette immunité, voir *Bonanza Creek Gold Mining Company* v. *The King*, [1916] 1 A.C. 566; *Province of Bombay* v. *Municipal Corporation of the City of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta* c. *La Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61. Sur les origines historiques de cette immunité, voir notamment Street, 1948, p. 362.

19. Il s'agit d'un problème propre aux systèmes fédéraux qui ont conservé la tradition du droit public anglais. Pour une comparaison Australie-Canada, voir plus spécialement McNairn, 1977, p. 15. Voir *Gauthier* v. *The King* (1917), 56 R.C.S. 176.

vraisemblable que surgissent des litiges entre ces diverses incarnations d'un même Souverain. Cette unité apparente ne reste toutefois qu'une fiction dans le cadre d'une Administration moderne. Il faut d'abord observer qu'une telle cohésion interne nécessiterait un degré de centralisation que ne permet pas la structure actuelle de l'Administration fédérale. Fait plus significatif, le principe de non-application des lois à la Couronne, inséré dans une structure décentralisée, fédérale ou non, ne peut que battre en brèche le principe d'indivisibilité, comme le montre fort bien la seconde affaire *Eldorado Nucléaire*. Le problème est d'ailleurs de même nature au niveau des Couronnes fédérale et provinciales. En étant au-dessus des lois, chaque Couronne, fédérale ou provinciale, ou chaque mandataire de la Couronne fédérale, échappe en droit à l'application d'une règle législative censée s'appliquer à tous, ce qui revient à les soumettre, chacun d'entre eux, à des systèmes de légalité différents. Puisque chacun peut se réclamer de son immunité pour échapper aux lois ordinaires du Parlement, les possibilités de conflits ou d'oppositions au sein de la Couronne elle-même sont donc bien réelles.

Au-delà du contentieux traditionnel qui caractérise les relations fédérales-provinciales, les implications de cette immunité en termes de droit administratif sont donc considérables. L'Administration fédérale est véritablement «hors-la-loi», notamment par rapport à la réglementation d'origine provinciale, ce qui renforce encore l'étendue de son statut exorbitant. En ce sens, des auteurs ont raison de soutenir «que nous vivons au Canada en régime de *rule of law* partielle, puisque le gouvernement fédéral n'est pas lié par le droit provincial» (Brun et Tremblay, 1982, p. 491). Fait plus grave, cette immunité porte directement atteinte au principe d'égalité devant la loi, tel que le reconnaît désormais l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il faut donc manifestement s'orienter vers une solution qui soit plus respectueuse des principes de légalité et d'égalité, désormais fondamentaux en droit public canadien. Certes, le problème de l'applicabilité des dispositions provinciales aux autorités fédérales soulève de délicats problèmes d'ajustement et présente à bien des égards une dimension proprement politique. Ces raisons ne sont toutefois pas suffisantes pour faire obstacle à la recherche de solutions plus appropriées. Si l'Administration fédérale n'est pas soumise à la loi, tant d'origine provinciale que fédérale, il n'y a aucune exagération à affirmer qu'une telle situation est incompatible avec l'esprit d'un régime libéral et avec l'idée même de droit. Même dans la tradition continentale du droit administratif, l'Administration est loin de jouir de privilèges aussi exorbitants, ce qui incite à réfléchir davantage sur le caractère inadmissible de la situation actuelle.

2. Le morcellement de l'Administration fédérale

Le système des mandataires de la Couronne a permis une formidable extension du régime juridique de la Couronne. Surtout depuis la fin de la dernière guerre, le législateur a tenu à associer au statut de la Couronne des organismes administratifs autonomes dont les buts et les fins varient considérablement. La situation semble d'autant plus confuse que la terminologie n'est pas homogène pour désigner des entités tantôt similaires, tantôt différentes. Il suffit d'évoquer les expressions «mandataires de la Couronne», «sociétés d'État», «sociétés de la Couronne», «entreprises publiques», «corporations de la Couronne»,

«corporations publiques», «organismes de la Couronne». Tous ces organismes n'assurent pas les mêmes fonctions. Bien qu'ils jouissent d'un statut juridique qui est souvent le même en étant rattachés à la Couronne, ils n'en restent pas moins trop nombreux, ce qui justifie une division pour faciliter la compréhension du sujet.

À un niveau tout à fait général, la distinction la plus répandue est fondée sur le caractère des activités en cause. Sans forcément l'approuver, la distinction proposée par le rapport Lambert (Commission royale ..., 1979) entre «organismes indépendants de décision et de consultation» et «sociétés de la Couronne» apparaît comme la plus satisfaisante[20]. Dans le premier groupe, il s'agit véritablement «d'organismes administratifs» au plein sens du terme, puisqu'il s'agit bien d'organismes autonomes exerçant des fonctions purement administratives (ce qui n'exclut pas que des décisions proprement administratives puissent être adoptées selon des règles et des garanties de type juridictionnel) qui les apparentent étroitement à l'Administration centrale (par exemple, le Conseil canadien des relations de travail ou la Commission canadienne des transports). Dans le second, le caractère industriel et commercial prédomine nettement (par exemple, Loto Canada ou Via Rail). Cette différence est très importante, car dans l'un et l'autre cas, l'association au régime juridique de la Couronne n'obéit pas à la même problématique.

a) Les organismes administratifs autonomes

Au sens traditionnel, les organismes administratifs autonomes représentent, comme leur nom l'indique, des organismes indépendants dotés d'un statut distinct en vue de réaliser certaines fins de nature purement administrative. Il s'agit en grande partie de ce que Garant a désigné comme étant «les organismes paraministériels et agences gouvernementales» (1985, p. 93), à l'exclusion toutefois des entreprises publiques. Dans son document de travail 25 (C.R.D.C., 1980), la Commission a eu recours à une approche limitative en s'intéressant principalement aux organismes munis de pouvoirs quasi judiciaires et réglementaires. Malgré toute l'ambivalence qui entoure encore la notion, c'est finalement l'usage et les mentalités qui confèrent aux organismes administratifs autonomes ce sens restrictif. Comme de fait, cette appellation évoque aussitôt la Commission d'assurance-chômage, l'Office national de l'énergie, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Commission de contrôle de l'énergie atomique et bien d'autres (C.R.D.C., 1985, Annexe A). Pour l'essentiel, ces organismes assurent des fonctions qui sont juridictionnelles ou plus proprement administratives (fonction prestataire, fonction de réglementation, fonction de police et de contrôle), ces dernières ayant justement pour objet l'émission d'une prestation ou d'une prescription[21]. Si certaines activités de nature industrielle et commerciale complètent parfois ce tableau, la cohérence de la catégorie n'en subsiste pas moins. En effet, ces activités relèvent normalement de

20. Cette division reste intéressante même si la Commission a rangé sous ces deux rubriques des organismes qui semblent ne pas devoir y figurer ou qui devraient appartenir à l'autre catégorie. Voir notamment les critiques de Gélinas, 1979, p. 545.

21. Ce sont ces fonctions qui retiennent principalement l'attention de la doctrine comme en témoigne l'ouvrage de Brown-John, 1981, p. 86 et s.

l'État, lequel entend leur conférer une portée et une signification spéciales en les confiant à des autorités administratives distinctes. Même si ces dernières ont été créées «un peu partout sans plan d'ensemble» (C.R.D.C., 1980, p. 11), leur unité foncière n'en subsiste pas moins dans une optique qui s'attache aux fins et aux moyens de l'action administrative. En effet, ces organismes sont généralement associés au régime juridique de la Couronne et sont souvent désignés comme des mandataires de la Couronne. Pour des questions de régime et de statut, c'est en effet la Couronne qui se prolonge en eux en vue de leur conférer une prééminence particulière pour l'exercice d'une appréciation ou d'un contrôle qui relèverait en principe de l'Exécutif seul. Fins et statut se trouvent donc étroitement associés pour leur conférer un caractère spécial qui se concrétise avant tout dans leur autonomie administrative et budgétaire.

Cette autonomie ne peut toutefois faire oublier le rôle important que ces organismes jouent dans l'accomplissement de la fonction exécutive. Dans certains cas, ils sont même des prolongements du pouvoir central qui exerce alors un pouvoir directif qui a été invoqué à plusieurs reprises (Garant *et al.*, 1977, p. 466). L'importance politique de leurs attributions, de même que leur association au régime juridique de la Couronne, montrent également qu'ils participent à bien des égards de la fonction gouvernementale. C'est donc dire que la réévaluation des privilèges et immunités détenus par ces organismes ne peut être dissociée d'une problématique globale concernant la fonction exécutive et plus spécialement l'ensemble de l'Administration fédérale. Une étude un peu plus poussée de leur régime juridique montre par ailleurs qu'il est urgent d'examiner sérieusement l'unification du statut juridique de l'Administration fédérale. Par unification, nous entendons l'application d'un régime juridique uniforme de droits, privilèges et immunités à l'ensemble de l'Administration pour des fins de cohérence et de clarification. Or, dans le domaine des organismes administratifs autonomes, les incohérences sont souvent nombreuses. Pour une même fonction, un organisme peut tantôt être un mandataire de la Couronne, tantôt ne bénéficier d'aucun statut particulier[22]. Par exemple, un organisme indépendant peut, sur une base générale, ne pas être considéré comme un mandataire de Sa Majesté, alors que ses biens «sont censés appartenir à Sa Majesté», et que par ailleurs, il contracte au nom de cette dernière[23]. Ces disparités rendent particulièrement complexe le statut de

22. Par exemple, la *Loi sur le crédit agricole* précise à l'article 10 que la Société du crédit agricole est mandataire de Sa Majesté «à toutes les fins de la présente loi», sauf le paragraphe 18(2) qui lui retire ce statut pour la détention de certaines sommes d'argent. Dans d'autres cas, le statut de mandataire de la Couronne n'est même pas clairement précisé, comme le montre l'article 4 de la *Loi nationale sur l'habitation* qui affirme que tout droit acquis ou obligation contractée par la Société d'habitation aux termes de cette loi est un droit ou une obligation de Sa Majesté. L'appartenance possible à la Couronne se limiterait ici à l'action de cette société, la question de son statut n'étant pas réglée. Dans un esprit semblable, le paragraphe 44(2) de la *Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada* permet au CN de disposer de tous les privilèges procéduraux de Sa Majesté même si cette compagnie n'est pas mandataire de la Couronne.

23. Pour des exemples de ce type, voir le paragraphe 3(2) de la *Loi sur l'Administration de la voie maritime du St-Laurent* qui dispose :

> Sauf les dispositions de l'article 9, l'Administration est, à toutes fins, un mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, et elle ne peut exercer qu'à titre de mandataire de Sa Majesté les pouvoirs dont la présente loi l'investit.

De même, le second paragraphe de l'article 25 de la *Loi sur l'Administration du pont Fort-Falls* précise que:

> Nonobstant le paragraphe (1), l'Administration est mandataire de Sa Majesté à seule fin de conclure l'accord mentionné au paragraphe 4(2).

quelques organismes, ou plus généralement, de plusieurs administrations, comme en témoigne l'article 7 de la *Loi sur la production de défense* :

> **7.** (1) Même si une corporation est mandataire de Sa Majesté, le Ministre peut, pour le compte de Sa Majesté, conclure avec la corporation, comme si elle n'était pas mandataire de Sa Majesté, un contrat visé par la présente loi.
>
> (2) Le Ministre peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure avec une personne un contrat autorisant cette dernière à agir, sous le contrôle et la direction du Ministre, comme mandataire de Sa Majesté, à l'une quelconque des fins pour lesquelles le Ministre est autorisé à agir au nom de Sa Majesté d'après la présente loi.

Peu importe que ce soit pour les organismes autonomes ou pour le reste de l'Administration, on ne sait plus réellement où commence et où finit le régime juridique de la Couronne. La situation devient encore plus compliquée lorsque des immunités spéciales interfèrent avec ce régime. Dans le seul domaine des organismes administratifs autonomes, les exemples sont nombreux. C'est ainsi que la Commission d'énergie du Nord canadien, promue mandataire de Sa Majesté par le paragraphe 4(1) de sa loi constitutive, n'en bénéficie pas moins à l'article 26 et au paragraphe 28(2) d'un privilège d'irresponsabilité «par suite du manquement de la Commission à fournir un service public». De même, le Conseil national de recherches du Canada, qui bénéficie également de cette qualité de mandataire de la Couronne, peut revendiquer l'immunité suivante :

> Nulle action ou autre procédure ne peut être intentée contre le Conseil national de recherches, ou un fonctionnaire ou employé du Conseil, à l'égard de quelque avis, renseignement ou rapport fourni ou fait de bonne foi sous l'autorité de la présente loi ou d'une autre loi du Parlement du Canada[24].

Toujours à titre d'exemple, le paragraphe 30(3) de la *Loi sur le pipe-line du Nord* énonce un privilège d'irresponsabilité en faveur du ministre et pour toute personne agissant sur ses ordres en vue de l'application d'une disposition de cette loi :

> Le Ministre et toute personne à qui il ordonne, conformément au paragraphe (1), de satisfaire aux modalités ou aux ordres visés audit paragraphe n'encourent aucune responsabilité personnelle, soit au civil, soit au criminel, pour les actes ou les omissions dont ils sont les auteurs alors qu'ils agissent conformément audit paragraphe, sauf s'il est démontré qu'ils n'ont pas agi raisonnablement.

Même si ces articles ne font aucunement référence à la Couronne, l'Administration bénéficie ainsi de diverses immunités qui, en définitive, apparaissent exorbitantes, même en comparaison du régime applicable à la Couronne par le jeu de la «Loi de 1953».

---

24. Paragraphe 7(3) de la *Loi sur la marque de commerce nationale et l'étiquetage exact*. Voir également la *Loi d'urgence de 1979 sur les approvisionnements d'énergie*, qui permet à l'Office de répartition des approvisionnements d'énergie de bénéficier d'une immunité similaire au paragraphe 9(7) :
    L'Office et ses membres sont dégagés de toute responsabilité pour toute chose que l'Office a faite ou omis de faire, de bonne foi, dans l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la présente loi ou en visant à exercer une telle fonction ou un tel pouvoir.

L'Administration ou un fonctionnaire déterminé peuvent aussi bénéficier d'un statut particulier par le jeu d'un simple renvoi général. Par exemple, l'article 22 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* autorise cette Commission et ses membres à exercer pour fins d'enquêtes tous les pouvoirs prévus à la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*[25]. Or, un examen de ces dispositions nous révèle qu'ils peuvent disposer en réalité de tous les pouvoirs des cours d'archives en matière civile, ce qui nous renvoie à des privilèges qui sont considérables même s'ils ne relèvent pas du statut juridique de la Couronne. Ces exemples permettent donc de comprendre que dans plusieurs cas, l'Administration, sans être associée à la Couronne, peut être plus avantagée que celle-ci face aux revendications des individus. Il faut donc s'interroger sur l'opportunité d'une distinction de fond entre «l'Administration qui est la Couronne» et celle qui ne l'est pas puisque celles-ci bénéficient à des titres divers d'un ensemble complexe de privilèges et d'immunités.

Cette remise en question est d'autant plus nécessaire dans le domaine des organismes autonomes, que dans certains cas, les carences du législateur ne permettent même pas une identification claire et précise du statut juridique de l'organisme en cause. Le juge a donc été dans l'obligation de suppléer à ces défaillances quelquefois volontaires pour mettre au point un éventail complexe de critères d'identification (Garant et Leclerc, 1979). En effet, pour reconnaître à un organisme la qualité de mandataire de la Couronne, le juge tient compte notamment de la nature de ses activités, des contrôles auxquels il est soumis, du statut du personnel et des biens, de l'autonomie budgétaire, des modes de gestion et de financement, de l'étendue de certains pouvoirs de contrôle et de réglementation, des vérifications financières a posteriori, etc. Ces critères ont été critiqués par la doctrine qui reproche au juge l'application inégale qu'il en fait, d'où certaines solutions contradictoires (Lemieux, 1983). Par ailleurs, aucun de ces critères n'offre suffisamment de rigueur pour permettre a priori une classification certaine de l'organisme en cause. Ces incertitudes permettent de croire que des changements sont souhaitables pour assurer un minimum de stabilité et de sécurité dans les relations Administration-individus.

Le tableau s'obscurcit davantage si l'on prend soin d'évaluer à sa juste mesure la qualité de mandataire de la Couronne. Cette qualification ne signifie pas que le mandataire puisse bénéficier de toutes les immunités de la Couronne (Lemieux, 1983). Seule celle-ci est en mesure de revendiquer le privilège d'être immortelle (*The King never dies*)[26], de même que les immunités spéciales attachées à l'exercice de la prérogative royale. Par ailleurs, «d'autres immunités sont rarement étendues au mandataire de la Couronne» : absence de prescription des droits, règle de confidentialité et règle de l'autorisation budgétaire pour que l'organisme puisse être lié[27]. Même à l'intérieur du régime juridique de la Couronne, il y a donc des différences qui compliquent singulièrement la situation.

---

25. Le paragraphe 26(2) de la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance* ainsi que le paragraphe 110(2) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* renvoient également à la *Loi sur les enquêtes*.

26. Sur cette fiction de l'existence perpétuelle et ses origines (*imperium semper est*), voir notamment Kantorowicz, 1957, p. 273.

27. Lemieux, 1983. Cette précision est confirmée par Robinson, 1925, p. 16, qui laisse entendre qu'un agent de la Couronne doit être associé directement à cette dernière pour revendiquer toutes ses immunités [TRADUCTION] «... de sorte qu'il puisse être considéré comme un prolongement de la Couronne de la même façon que le sont les grands ministères de l'État».

Avec la seule notion d'organismes administratifs autonomes, le statut juridique de l'Administration fédérale présente déjà l'aspect d'une mosaïque byzantine. Or, avec le dossier des entreprises publiques et de leurs filiales, ce morcellement prend des proportions insolites.

b) Les entreprises publiques

Par opposition à la catégorie précédente, l'expression «entreprise publique» est d'elle-même beaucoup plus signifiante. Au sens économique, une entreprise est une organisation de production de biens ou de services à caractère commercial. Elle peut revêtir un caractère public si l'État en est le propriétaire ou l'actionnaire majoritaire, même si elle jouit encore d'une structure corporative de droit privé. En effet, ce statut n'est bien souvent qu'une apparence, car si elle est contrôlée ou possédée par la Couronne, cette dernière peut dès lors opposer aux tiers ses privilèges et immunités. Même si dans plusieurs cas, le mode de constitution et le fonctionnement de pareilles entreprises relèvent du droit privé, l'entreprise n'en est pas moins revêtue d'un caractère public à cause de la nature spéciale de son propriétaire.

Même si le phénomène des entreprises publiques a connu un développement remarquable après la dernière guerre, l'intérêt qu'il suscite n'est que relativement récent[28]. En effet, ce n'est qu'en mars 1976 que le Vérificateur général du Canada a attiré l'attention du Parlement sur la gestion et le contrôle financiers des sociétés de la Couronne. En 1977, le secrétariat du Conseil du Trésor a déposé devant le Comité des comptes publics une liste qui se voulait exhaustive quant au nombre de ces sociétés publiques[29]. La même année, le Bureau du Conseil privé publiait un important rapport sur les corporations de la Couronne (1977), lequel contenait à titre de recommandation principale un projet de loi sur «le contrôle, l'orientation et l'imputabilité des sociétés de la Couronne». Dans la même lancée, le Gouvernement créait par décret en novembre 1976, la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité, laquelle devait déposer son rapport final, dit «rapport Lambert», en 1979[30]. Sans suggérer comme tel un projet de loi, ce rapport contenait de multiples recommandations axées sur le contrôle et l'imputabilité. Enfin, plusieurs ouvrages de doctrine ont entrepris de combler un vide en systématisant davantage cette matière complexe[31].

Avec l'adoption en juin 1984 de la *Loi modifiant la Loi sur l'administration financière à l'égard des sociétés d'État* (Projet de loi C-24), le Parlement a finalement donné suite

28. Comme le signale Garant, «le droit des entreprises publiques au Canada et au Québec est une branche du Droit public économique qui se cherche encore. La prise de conscience de l'ampleur et de la complexité des problèmes juridiques que soulève ce réseau assez incohérent d'institutions publiques ou mixtes est toute récente» (1984a, p. 296).

29. Cette liste fait l'objet de mises à jour. L'une des plus récentes est en date de décembre 1983 (Conseil du Trésor du Canada, 1984).

30. Pour diverses réactions à ce rapport, voir (1979) 22 *Administration publique du Canada* 511-580.

31. Voir notamment deux recueils collectifs : Institut de recherches politiques, 1981; British Institute, 1970. Voir également Ashley et Smails, 1965; Gélinas, 1978. Pour les articles, voir Barbe, 1966-68; Langford, 1980.

aux inquiétudes exprimées à l'égard de la gestion et du contrôle des entreprises publiques, non sans hésitation comme en témoignent les défunts projets de loi C-27 de 1979, C-123 de 1982 et C-153 de 1983. En substituant les notions de «société d'État» et «d'établissement public» à la triple distinction si fortement contestée par le rapport Lambert (Commission royale ..., 1979, p. 321) (la *Loi sur l'administration financière* distinguait auparavant entre «corporations de département», «corporations de mandataires» et «corporations de propriétaires»[32]), le législateur a indéniablement accompli un progrès. C'est désormais la notion de société d'État qui sert à désigner ce que la version anglaise désigne comme *Crown corporation*. Par référence à cette notion de corporations de la Couronne, nous sommes en mesure de comprendre que les sociétés d'État correspondent bien à des entités corporatives engagées au nom de l'État dans des activités de nature industrielle et commerciale, ce qui correspond bien à des entreprises publiques. Déjà en 1977, le rapport du Conseil privé précisait que, par «société de la Couronne, on entend, le plus souvent, les sociétés qui fournissent des biens ou des services directement au public sur une base commerciale ou quasi commerciale» (Bureau du Conseil privé, 1977, p. 15). Même si l'objet de ces sociétés déborde parfois ce cadre commercial, il n'en reste pas moins que c'est ce contexte «affairiste» qui les caractérise avant tout (Hodgetts, 1970).

À la notion de «société d'État» fait pendant celle «d'établissement public», laquelle reste encore confuse puisqu'elle se définit principalement par référence à l'Annexe B de la *Loi sur l'administration financière*. Il semble que le législateur vise par «établissement public» une catégorie qui se singularise avant tout par le mode de création (la forme corporative). Mais les «sociétés d'État» sont également des corporations. On aurait pu supprimer toute ambiguïté en adoptant une définition matérielle susceptible d'englober dans une même catégorie des organismes de nature et de fonction similaires. Ce genre de définition existe déjà à l'état embryonnaire dans les récentes modifications, puisque le nouveau paragraphe 2.1(1) de la *Loi modifiant la Loi sur l'administration financière à l'égard des sociétés d'État* dispose que «[l]e gouverneur en conseil peut, par décret ... inscrire à l'annexe B toute personne morale constituée par une loi fédérale et chargée de fonctions étatiques d'administration, de recherche, de surveillance, de conseil ou de réglementation». Cette précision est très intéressante puisqu'elle évoque clairement des fonctions de nature purement administrative, ce qui renvoie à ce que nous entendons par «organismes administratifs autonomes». Nous sommes donc en mesure de comprendre que par «sociétés d'État», les autorités visent des corporations de la Couronne engagées dans des activités de nature industrielle et commerciale (les entreprises publiques), alors que par «établissements publics», elles entendent des corporations de la Couronne assurant des fonctions purement administratives. Si cette dernière catégorie inclut des organismes administratifs autonomes, elle ne recoupe que partiellement cette notion puisque ces entités ne sont pas toutes constituées selon la forme corporative. Pour l'essentiel, il faut retenir que le législateur opère une distinction entre le commercial et l'industriel, d'une part, et l'administratif, d'autre part.

---

32. Le paragraphe 66(1) de la *Loi sur l'administration financière* précisait que:
«Corporation de la Couronne» signifie une corporation qui, en dernier lieu, doit rendre compte ... de la conduite de ses affaires, et comprend les corporations nommées aux annexes B, C et D.
Cette liste est incluse en annexe au rapport du Conseil privé.

Pour les fins de notre étude, ces problèmes de clarification sont révélateurs sur la nature des conceptions qui prévalent en ce moment. En effet, en négligeant de systématiser davantage les différentes catégories d'organismes publics, les autorités montrent qu'elles sont préoccupées essentiellement par des problèmes de contrôle et de gestion[33]. Dès lors, le problème du statut juridique de ces organismes se trouve complètement esquivé, puisqu'une réévaluation de ce statut ne peut être réellement menée à bien que moyennant un effort de classification. Fait plus significatif, aucun des rapports ou documents cités plus haut ne fait état des conséquences attachées à ce statut exorbitant qui découle du régime juridique de la Couronne. Or, c'est pourtant là le problème de fond le plus important de tout ce dossier, et les études qui en font mention restent encore peu nombreuses (Griffith, 1951-52; Kirsch, 1984). Le problème est d'autant plus complexe que par le jeu des filiales, le régime juridique de la Couronne peut se ramifier encore davantage.

En mettant l'accent sur le contrôle parlementaire et ministériel de ces organismes, les autorités tiennent pour un fait acquis leur rattachement au statut juridique de la Couronne. Avec les récentes modifications apportées à la *Loi sur l'administration financière*, cette filiation est de plus en plus manifeste, puisque désormais, la Couronne est définie comme étant «Sa Majesté du chef du Canada et ses mandataires; y sont assimilés les sociétés d'État et les établissements publics» (article 10 de la *Loi modifiant la Loi sur l'administration financière à l'égard des sociétés d'État*). Même si elle n'est valable que pour la partie X de la Loi, une définition de cette nature renforce les thèses que nous développons dans ce document de travail en montrant de façon explicite que derrière la notion de Couronne se dissimule une importante partie de l'Administration fédérale. Or, dans le cas précis des entreprises publiques, le statut spécial qui en découle donne ainsi l'impression d'être plus difficile à remettre en cause puisqu'une association systématique entre ces sociétés et l'intérêt public intervient constamment. Le rapport du Conseil privé affirme ne pas mettre en doute «l'utilité et la valeur des sociétés de la Couronne dans la recherche des objectifs de la politique publique» (Bureau du Conseil privé, 1977, p. 13). Il évoque aussi une gestion efficace et rentable dans l'intérêt du public, ce qui en soi est un objectif louable, mais qui montre en contrepartie à quel point on tente de justifier l'existence et le statut de ces organismes très divers par les notions d'intérêt général ou d'intérêt public. Le défunt projet de loi C-27 prévoyait d'ailleurs que toutes les corporations de la Couronne étaient égales en leur statut en tant qu'instruments pour «promouvoir l'intérêt national» (article 8). Pourtant, un grand nombre d'entre elles exercent des activités qui sont résolument de nature industrielle et commerciale, lesquelles ne justifient pas forcément la détention des privilèges exorbitants de la Couronne[34].

---

33. C'est d'ailleurs cette question qui polarise avant tout l'attention de la doctrine comme en témoignent les études de McLeod, 1980, p. 142 et Thomas, 1979.

34. Par exemple, la Corporation de disposition des biens de la Couronne, promue mandataire de Sa Majesté par le paragraphe 6(3) de sa loi constitutive (*Loi sur les biens de surplus de la Couronne*), bénéficie en plus au paragraphe 7(10) d'un privilège d'irresponsabilité par le truchement d'une référence à son personnel:

> Aucun administrateur, aucune personne agissant pour le Conseil ou un administrateur, ou pour le compte ou sous l'autorité de ces derniers, n'est responsable envers qui que ce soit pour un acte ou une omission que l'administrateur ou la personne agissant de bonne foi a raisonnablement cru requis ou autorisé par la présente loi ou en conformité de cette dernière.

Il faut noter que quelques auteurs commencent à contester les privilèges et immunités reconnus aux entreprises publiques. Ainsi Lemieux s'interroge sur l'opportunité «de conserver aux entreprises publiques

On peut dès lors dégager deux conséquences pour l'orientation de nos recherches futures. En premier lieu, il apparaît peu vraisemblable que la question du statut des entreprises publiques et autres organismes indépendants puisse être réglée séparément. Ce n'est qu'en procédant à une réflexion de fond sur le statut juridique de l'ensemble de l'Administration que, par conséquent, le régime légal des entreprises publiques pourra être réévalué dans une perspective critique. Deuxièmement, les références faites ostensiblement à l'intérêt général laissent entrevoir qu'un réexamen des privilèges et immunités détenus par l'Administration fédérale risque de buter constamment sur des éléments plus difficiles à rationaliser. C'est sur cette subjectivité qui entoure la Couronne et l'ensemble de l'Administration qu'il faudrait désormais s'attarder un peu. Si quelques facteurs irrationnels et certaines difficultés conceptuelles ne sont pas clarifiés dès le départ, le cadre de cette analyse, de même que ses finalités, risquent de ne pas être compris.

II. La permanence des apparences trompeuses

Dans ce premier examen des éléments qui conditionnent à sa base le statut juridique de l'Administration fédérale, nous n'avons pu que constater l'étendue et l'importance qu'y occupe la Couronne. En contrepartie, rien ne nous renseigne sur la nature exacte de cette entité pour les fins de cette réflexion. En droit administratif, la nature véritable de cette notion, de même que sa fonction, ne semblent pas avoir été éclaircies de façon satisfaisante. Il apparaît donc difficile de se dispenser d'une réflexion préliminaire car trop d'incertitudes règnent encore.

Dans le contexte moderne du droit administratif, le rôle et la signification d'une institution comme la Couronne soulèvent plusieurs interrogations. Quelle dimension exacte faut-il lui assigner alors qu'il semble y avoir apparence de déclin? Une certaine évolution vers l'assujettissement au droit commun semble démontrer que le caractère exorbitant du droit applicable à la Couronne diminue sans cesse au profit d'un statut juridique du même type que celui réservé aux individus. Plusieurs indices pourraient d'ailleurs montrer que cette institution est mal adaptée aux réalités de notre époque. D'où ce paradoxe entre l'apparence d'un déclin et l'essor considérable de la fonction administrative.

Ces apparences sont toutefois trompeuses puisque la Couronne représente encore un ensemble de pouvoirs et de privilèges qui sont d'une étonnante actualité par-delà bien des vicissitudes historiques. En réalité, les nombreux doutes qui subsistent encore sur les droits et pouvoirs de cette institution ne font que traduire notre embarras, et sans doute aussi notre crainte, à formuler un statut juridique moderne et cohérent pour l'Administration. En effet, la principale difficulté n'est-elle pas de définir la nature de ces privilèges et d'en identifier les principaux bénéficiaires? Tenter de jeter un meilleur éclairage sur

---

leur statut de mandataires du gouvernement, d'autant plus que les critères élaborés par la jurisprudence semblent bien déficients» (1984, p. 432). Il poursuit en ajoutant «qu'il serait temps de remettre en cause non seulement le statut juridique réel des entreprises publiques mais aussi le bien-fondé des immunités de la Couronne à leur égard» (*Ibid.*).

le sujet, n'est-ce pas justement favoriser la clarté des choix à faire? On peut dès lors constater l'intérêt de comprendre les enjeux plus ou moins occultés par la confusion actuelle.

Pour une part importante, ces difficultés ont pour origine les relations ambiguës qu'entretient le couple Couronne-Administration. Dans la mesure où la Couronne est, comme nous l'avons vu, une réalité vaste et complexe qui recoupe en partie celle d'Administration, toute problématique relative au statut de celle-ci reste donc en partie tributaire des éléments qui conditionnent la première. Cela ne veut pas dire pour autant que l'Administration ne puisse présenter des caractéristiques qui lui soient propres. Il faut simplement reconnaître l'importance déterminante de la Couronne pour l'orientation de cette recherche, tout en gardant à l'esprit que cette institution présente une évolution distincte et autonome qui est susceptible de déformer toute réflexion relative à l'Administration. À l'inverse, l'association voulue jusqu'ici par l'histoire est en grande partie artificielle, dans la mesure où ces deux réalités, Couronne et Administration, obéissent à des dynamiques différentes. Une référence trop exclusive à la Couronne pourrait donc conduire à faire fausse route.

A. Un problème de confusion terminologique

Toute étude ayant pour objet la Couronne bute d'abord sur un problème terminologique. Cet obstacle est bien réel puisqu'il est souvent difficile de déterminer la signification contemporaine du terme «Couronne». S'agit-il d'une réalité juridique distincte irréductible à toute assimilation avec d'autres notions ou, au contraire, faut-il la considérer comme l'expression un peu désuète d'un pouvoir déjà reconnu au sein de l'État? Sur le sens exact de cette notion, il existe indéniablement un flottement qui se vérifie au niveau des textes officiels et dans les commentaires de la doctrine. Aucune unanimité ne semble se dégager sur la signification réelle du terme.

1. L'incertitude quant à l'identité véritable de la Couronne

Les divers parlements du Canada n'ont pas défini de la même façon le terme «Couronne», cette expression étant considérée comme un terme courant n'ayant pas de lui-même une pleine signification juridique[35]. Un auteur britannique rappelle d'ailleurs que : [TRADUCTION] «Il ne s'agit pas ... d'un terme technique ayant une signification

35. Hogg, 1977, p. 164. De même, voir Mundell, 1961, p. 149. Dans un autre article, Mundell se montre encore plus catégorique en préconisant l'abandon de l'expression «Couronne» et de toute la terminologie ésotérique qui en découle : [TRADUCTION] «Comme Maitland l'a souligné il y a déjà plusieurs années, l'emploi du terme ‹Couronne› porte à confusion. Selon ce dernier, la Couronne ne fait que demeurer dans la Tour de Londres pour y être admirée par les curieux; elle n'a aucune existence légale. L'emploi de cette expression semble cacher le fait que le Souverain est une personne qui n'existe que pour les fins du droit» (1960, p. 57). Sur ces difficultés terminologiques, voir également Marshall, 1971, p. 17.

précise» (Jennings, 1976, p. 220). Il s'agit en effet d'une expression générale pour désigner ce qu'il est convenu d'appeler au sens strict «Sa Majesté en sa fonction exécutive». Cette référence directe au chef de l'État a été respectée dans plusieurs lois, notamment dans les lois fédérales, dans celles de la Colombie-Britannique (*Crown Proceeding Act*, art. 7) et de l'Alberta (*Proceedings Against the Crown Act*, art. 12). Par contre, en Saskatchewan (*The Proceedings against the Crown Act*, art. 14) et au Manitoba (*The Proceedings Against the Crown Act*, art. 13), la Couronne «peut être désignée» comme étant le Gouvernement de la province en question. Au Nouveau-Brunswick, elle représente simplement «la province du Nouveau-Brunswick», sa signification devenant dès lors très large (*Loi sur les procédures contre la Couronne*, art. 11).

Sur le plan doctrinal, des divergences du même type existent. Des auteurs comme Garant ont manifesté une volonté de rupture en faisant référence à l'Exécutif ou au Gouvernement (1972; Lieberman, 1975). La Law Reform Commission of British Columbia n'hésite pas à affirmer à la suite de Lord Diplock (*Ranaweera* v. *Ramachandran*, [1970] A.C. 962, p. 973) et de Laski[36] que [TRADUCTION] «la Couronne est en réalité synonyme de Gouvernement» (1972, p. 9). Par contre, Garner lui donne un sens plus large en affirmant que [TRADUCTION] «la Couronne ... signifie ... ‹l'Administration› plutôt que la personne du Souverain, et elle ne désigne certainement pas le Gouvernement qui n'est au pouvoir que de façon temporaire» (1979, p. 300). Pour Jennings, [TRADUCTION] «on a tendance à employer ... le terme ‹Couronne› lorsqu'il s'agit d'actes accomplis par une autorité publique, mais attribués à la Reine parce que le pouvoir d'agir de la sorte lui appartient en droit» (1976, p. 221). Pour Foulkes, [TRADUCTION] «la Couronne ... représente la totalité des pouvoirs du Gouvernement central ... L'expression ‹Couronne› confère ainsi une unité légale à ces pouvoirs ...» (1982, p. 11). Dans un sens plus général, Laskin estime que [TRADUCTION] «dans l'un ou l'autre de ses aspects canadiens, la Couronne se trouve à personnifier l'État» (1969, p. 117-119). Dans l'arrêt *Labrecque*, le juge Beetz reprend cette idée selon laquelle «la Couronne personnifie l'État» en se fondant sur Griffith et Street (1973, p. 246). Dans le même esprit, Hogg affirme : [TRADUCTION] «On pourrait tout aussi bien parler de l'État ou du Gouvernement que de la Couronne» (1977, p. 164). Ces exemples de divergences pourraient être facilement multipliés et même amplifiés, puisque dans un sens plus proprement politique et conforme à la tradition, la Couronne symbolise aussi la Nation[37]. Dans le seul domaine des institutions, l'État, le Gouvernement, l'Administration représentent pourtant des réalités distinctes qui ne peuvent être confondues.

La Couronne incarne-t-elle malgré tout une fonction ou un organe précis au sein de l'État[38]? Sa nature protéiforme semble défier toute tentative de ce genre puisque la

---

36. Selon la phrase bien connue de cet auteur, [TRADUCTION] «la Couronne signifie en fait le Gouvernement, et le Gouvernement représente ces innombrables fonctionnaires qui perçoivent nos impôts, nous accordent des brevets et inspectent nos égouts» (Laski, 1919, *in fine*).

37. [TRADUCTION] «La Reine personnifie l'État et la nation, de même que leur histoire et leur continuité» (de Smith, 1981, p. 119). Sur le sens de l'adage *Pro Rege et Patria*, voir Kantorowicz, 1957, p. 259.

38. «Au citoyen moyen il importe peu si en droit l'autorité publique avec laquelle il a à faire est considérée ou non comme étant la Couronne; pour lui, il s'agit tout bonnement du Gouvernement ou de l'administration» (Mitchell, 1964, p. 222).

Couronne est bien l'État, le chef de l'État (Mallory, 1968), l'Exécutif, le Gouvernement, l'Administration, sans oublier la Justice qui en procède. De façon plus abstraite, elle est l'incarnation de la souveraineté étatique dans les pays de tradition britannique. Elle éveille parfois de la méfiance, voire de l'hostilité, le terme référant trop explicitement à des privilèges régaliens. Comme de fait, elle a été associée au siècle dernier à l'arbitraire de l'Administration, et une certaine pensée libérale a donc réclamé la limitation de ses droits et privilèges pour assurer la suprématie du Parlement, garant des libertés individuelles.

Sans chercher à dénaturer ce caractère multiple, il faut reconnaître que la Couronne est avant tout une institution qui symbolise deux organes de l'État, le Monarque et l'Exécutif. Les privilèges et immunités attachés directement à la personne du Monarque échappent au domaine de cette recherche. Quant à l'Exécutif, le fait qu'il englobe le Gouvernement et l'Administration ne permet pas d'associer exclusivement la Couronne à l'un ou l'autre de ces termes. La dimension institutionnelle perd ici son importance au profit d'une signification davantage fonctionnelle, la Couronne étant surtout l'expression de la fonction exécutive. L'aspect organique conserve néanmoins son importance puisqu'en faisant allusion au domaine et aux biens de la Couronne, on se réfère de toute manière à une personne morale de droit public. Dans le domaine des contrats, c'est le même phénomène puisque ceux-ci sont conclus au nom de Sa Majesté. Par contre, lorsqu'il s'agit d'expliquer le fondement des privilèges et immunités que l'Administration détient en étant associée au régime juridique de la Couronne, la dimension organique ne peut suffire. Pour les fins du droit administratif, la Couronne n'offre donc pas une signification essentiellement organique ou institutionnelle, ce qui laisse supposer l'existence d'un caractère dualiste.

2. La recherche d'une signification propre au droit administratif

Avant même d'être un organe ou une fonction, la Couronne est la manifestation d'un régime juridique qui fait appel au passé. Elle représente le résidu historique des pouvoirs et privilèges autrefois détenus personnellement par le Monarque. Même si elle est scientifiquement exacte, cette constatation ne rend pas suffisamment compte de la signification contemporaine de ces pouvoirs et privilèges. Ils font en effet appel à une idée de prééminence spéciale que le simple renvoi à la monarchie n'explique qu'en partie. La notion de Couronne représente en effet des pouvoirs, des attributs spéciaux qui sont surtout rattachés à la fonction exécutive. C'est bien cette idée de différenciation spéciale qui est au cœur des propos de Blackstone, notamment lorsqu'il affirme que la prérogative royale [TRADUCTION] «doit, de par sa nature, être unique et exceptionnelle; elle ne peut s'appliquer qu'aux droits et aux pouvoirs dont le Roi est le seul à jouir, par opposition aux autres ...» (1829, p. 239). Compte tenu de leurs activités spécifiques par rapport aux activités privées, l'État, et plus exactement l'Exécutif, seraient dotés de pouvoirs propres et distincts d'une essence supérieure, que traduit bien d'ailleurs l'expression «prérogative royale». Il s'agit là en quelque sorte d'un *Imperium* de type «puissance publique» (Rousset, 1960) qui peut facilement apparaître inacceptable s'il est interprété de façon trop exclusive

ou trop autoritaire. Même si cette idée d'*Imperium*[39] imprègne encore la notion de Couronne, la simple référence à l'idée de pouvoir immanent n'est guère justifiable dans le contexte actuel. Dans une formulation plus simple et plus conforme aux aspirations de notre époque, le régime juridique de la Couronne représente l'attribution au Gouvernement et à une partie de l'Administration, pour de prétendues raisons d'utilité publique, d'un pouvoir originellement inconditionné et exorbitant du droit commun. Ce pouvoir reste libre et absolu tant qu'il n'a pas été limité, reformulé ou tout simplement supprimé par le Parlement.

Cette référence à l'idée de pouvoirs et de régime juridique pour définir la Couronne n'offre évidemment qu'une vue partielle de la situation. En termes de droit constitutionnel, la Couronne est effectivement une institution, d'abord en incarnant le Chef de l'État, ensuite en étant l'expression de l'autorité reconnue à l'Exécutif. Par contre, en termes de droit administratif, la Couronne apparaît davantage comme un pouvoir, ou plus exactement, un régime juridique. Pour justifier certaines attributions de l'Exécutif qui ne reposent sur aucune habilitation législative, il s'agit bien d'un pouvoir qui tire son fondement de la coutume constitutionnelle. Par contre, en matière de privilèges et immunités face au contrôle judiciaire, il s'agit bien d'un régime juridique qui bénéficie surtout à l'Administration. La Couronne représente avant tout pour les fins du droit administratif, un régime exorbitant de droit public qui a pour but de reconnaître des dérogations au bénéfice de nombreuses fonctions administratives. L'attribution du régime juridique de la Couronne comporte un élément d'appréciation subjective. Sa reconnaissance dépend pour une bonne part des intentions des rédacteurs de la loi. En ce sens, le régime juridique de la Couronne ne représente pas une série de droits et d'obligations étrangers par leur nature à ceux qui peuvent se rencontrer dans les rapports de droit privé. Non seulement un tel régime juridique ne peut réellement puiser toute son originalité de son domaine d'application, mais en plus, il est l'expression de droits et de procédés qui ne diffèrent pas forcément du droit commun. Par exemple, la responsabilité délictuelle de la Couronne fédérale est en grande partie calquée sur les règles du droit commun, ce qui rend bien relative l'originalité de ce régime. Ce caractère un peu artificiel est d'autant plus facile à mettre en évidence que le droit public anglo-saxon n'a pas évolué vers la création de règles spécifiques pour régir des situations tout aussi spécifiques. Le common law ayant été prépondérant, la définition d'un régime distinct de droit public ne peut donc se concevoir sans référence à des éléments arbitraires (évolution historique, conceptions monarchiques) qui ne facilitent pas une présentation rationnelle du sujet. La différenciation du régime juridique de la Couronne est d'autant plus difficile à comprendre que les privilèges et immunités de ce régime font partie intégrante du common law, lequel rejette une distinction entre droit public et privé. Les règles applicables à la Couronne n'en constituent pas moins, prises isolément, un régime spécial de droit public. Dans les faits, il s'agit donc de l'amorce d'un régime distinct de droit administratif qui bénéficie à une part importante de l'Administration.

---

39. Issue de la Rome antique, la notion d'*Imperium* a été reprise par plusieurs juristes médiévaux pour renforcer l'autorité du Monarque. Au sens romain, elle représente le pouvoir de commandement des Armées reconnu à l'Empereur. Elle incarne l'idée d'autorité absolue fondée sur la qualité de chef militaire suprême disposant du monopole de la contrainte.

L'orientation récente du droit anglais renforce une analyse de ce type. La Chambre des Lords n'a pas hésité à distinguer clairement droit public et droit privé pour les fins du contrôle judiciaire de l'Administration. Elle a notamment décidé que pour contester des décisions de type quasi judiciaire, les recours ordinaires du droit privé ne pouvaient être utilisés en remplacement des recours spéciaux propres au contrôle judiciaire de l'Administration (*O'Reilly* v. *Mackman*, [1983] 2 A.C. 237). Commentant la portée de cette décision, un auteur britannique faisait récemment remarquer que

> [TRADUCTION]
> [le] droit anglais s'achemine vers l'établissement d'un régime distinct de droit public. La démolition de la doctrine diceyenne est désormais complète, et il semble y avoir peu d'intérêt à la raviver en fondant le droit public contemporain sur une base plus moderne. (Blom-Cooper, 1983, p. 216)

Cette reconnaissance d'un droit public autonome nous permet de mieux justifier l'existence de deux régimes juridiques applicables à l'Administration, l'un de droit privé et l'autre de droit public. En étant assimilées à la Couronne, certaines activités administratives font appel à une primauté spéciale sur les individus, ce qui ne fait que confirmer l'importance du droit public dans ce domaine. En ce sens, les règles spéciales qui découlent du statut particulier de la Couronne confèrent un statut distinct de droit public aux administrations qui en bénéficient. Ce droit public, ou plus exactement, ce droit administratif, repose-t-il en ce moment sur un critère précis ou une notion-clef? Il est permis d'en douter car l'exercice de fonctions dites «gouvernementales» ne parvient guère à justifier ce statut distinct dans la mesure où ces activités sont étroitement apparentées aux autres fonctions de l'Administration, celles qui restent soumises en principe au droit privé. Il est difficile d'en établir une typologie cohérente. Ce n'est pas tant la nature de l'activité qui justifie son assimilation à la Couronne que le désir de lui conférer une prééminence particulière pour atteindre certaines fins d'intérêt général. Du moins en théorie, car en pratique, l'attribution du régime juridique de la Couronne a été surtout motivée par la volonté de renforcer la position de l'Administration dans des domaines où les intérêts de l'État semblent plus importants. Cette attitude est d'ailleurs très ancienne, puisque dès le treizième siècle, l'Administration anglaise était soucieuse de raffermir ses pouvoirs en fondant sa propre autorité sur celle du Roi[40].

«L'Administration qui n'est pas la Couronne» ne constitue pas non plus un bloc homogène de fonctions. Elle est souvent régie par des régimes législatifs particuliers qui lui confèrent, comme nous l'avons vu, plusieurs immunités spéciales. La justification d'un régime dualiste pour ces deux composantes de l'Administration fédérale devient donc aléatoire en l'état actuel du droit, les deux dérogeant au régime général du droit commun à des degrés divers. Dans une perspective de réforme, la Commission croit qu'il serait plus simple et plus logique de les assujettir à un même régime juridique. La première

40. [TRADUCTION] «Avant la mort d'Henry III, il existait une Administration qui ne se limitait pas à défendre les intérêts du Roi, mais qui était aussi, à l'image de toute vraie bureaucratie, soucieuse d'augmenter l'étendue de ses propres activités de même que le montant de ses bénéfices. Elle utilisait le pouvoir du Roi à ces fins» (Ehrlich, 1921, p. 20).

à pouvoir bénéficier d'un tel changement serait l'Administration, désormais soumise à un régime cohérent. Les administrés pourront voir également leur situation améliorée si cette réévaluation tend à un meilleur équilibre des droits en présence.

B. L'occultation de réalités contemporaines

Dans la mesure où la réflexion scientifique a progressé considérablement depuis deux décennies en droit public canadien, on peut s'étonner de l'absence de synthèse générale sur la Couronne. Cette notion est pourtant liée de près à l'exercice de la fonction exécutive[41]. Comme celle-ci a désormais une importance politique et juridique de premier plan dans les États contemporains, cette lacune est pour le moins étonnante. Le Canada, par sa tradition historique et politique, par la nature de son économie et par l'importance croissante du rôle de l'État, présente pourtant une évolution comparable aux autres pays occidentaux. Cette progression de la fonction exécutive, même si elle n'est apparue que lentement dans les textes juridiques, s'est quand même affirmée de facto. En ce sens, plusieurs auteurs ont noté une tendance générale au déséquilibre des pouvoirs en faveur du Gouvernement même si le Parlement reste théoriquement souverain, d'où référence à la «primauté de l'Exécutif»[42]. Si le régime juridique de la Couronne apparaît justement comme l'une des manifestations tangibles de cette primauté, comment dès lors expliquer la relative absence de travaux sur ce sujet?

1. Le silence des textes

L'attitude de la doctrine semble reposer principalement sur deux raisons. La première tient à la structure fédérale du Canada. Généralement, l'étude du fédéralisme et du partage des compétences semble accaparer toute l'attention au détriment d'une analyse comparable des différents organes de l'État[43]. Certes, dans la mesure où l'originalité du système politique canadien repose sur le fédéralisme, il est normal que l'évolution du droit public

---

41. «La littérature juridique sur les fondements mêmes de notre droit public est relativement peu abondante. Rares sont les auteurs qui se sont penchés sur l'étude du statut juridique de l'Administration gouvernementale, de la Couronne en sa capacité exécutive ...» (Garant, 1985, p. 26). Les travaux de synthèse sur la Couronne sont en effet peu nombreux. L'ouvrage de MacKinnon (1977) reste général en insistant surtout sur la fonction de chef d'État. Il existe toutefois d'importantes monographies sur des privilèges particuliers, notamment en matière de responsabilité délictuelle. Voir Immarigeon, 1965; Ouellette, 1965; Hogg, 1971; Levy, 1957. Pour une synthèse récente, voir Law, 1982.

42. Hurtubise, 1966, met en lumière la suprématie effective de l'Exécutif dans le fonctionnement des institutions. Voir, de même, Desjardins, 1966; Ganshof Van Der Meersch et Somerhausen, 1966. Voir aussi Lemieux, 1962.

43. Dans son ouvrage de droit constitutionnel, Laskin, 1975, ne consacre aucun développement au Gouvernement ou à l'Exécutif. De même, voir Barbeau, 1974; Chevrette et Marx, 1982. Dans un ouvrage récent, Tremblay ne rompt pas avec cette tradition en limitant ses développements sur l'Exécutif à la séparation des pouvoirs et au principe de légalité (1982, p. 44 et 75). L'ouvrage de Brun et Tremblay, 1982, est axé aussi sur la séparation des pouvoirs. Dans son traité, Hogg, 1977, fait toutefois exception en consacrant deux chapitres au Gouvernement et à la Couronne.

ait été différente de celle des États unitaires. La longue et complexe exégèse des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* témoigne toutefois d'une sensibilité particulière pour des problèmes liés à l'organisation et au fonctionnement du fédéralisme. Ce contexte nous permet de comprendre que l'étude de la fonction exécutive soit un peu négligée[44]. Cette explication ne garde cependant qu'une valeur relative, puisque beaucoup d'auteurs connaissent bien le fonctionnement de cette institution, les exemples britannique, américain et français leur étant familiers.

La deuxième raison est fonction de la rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce texte ne dit mot du Gouvernement comme tel, au point d'ailleurs, que l'on pourrait croire cette institution inexistante en droit public canadien. C'est tout juste si l'article 9 précise que la Reine est investie du pouvoir exécutif[45]. De même, il est étonnant de constater que la Constitution reste silencieuse sur la fonction de Premier ministre lorsqu'on sait que ce dernier est la clef de voûte des institutions. Malgré quelques références implicites en précisant certaines responsabilités attribuées à la Reine et au Gouverneur général, un texte constitutionnel de cette nature traduit mal l'importance et la complexité de la fonction exécutive en droit contemporain. Ces lacunes soulèvent des problèmes même si pour les parties non écrites de sa Constitution, le Canada s'en remet explicitement aux règles du droit public anglais (Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*), lequel ne dispose pas de Constitution écrite (Jennings, 1976, p. 33). Contrairement à des pays comme les États-Unis et la R.F.A. qui possèdent une Constitution écrite, où l'essentiel est théoriquement formulé en termes exprès, le Canada, fidèle à la tradition britannique, n'a donc jamais clairement précisé les pouvoirs respectifs du Parlement et des autres organes de l'État. La coutume constitutionnelle et les règles non écrites de common law ne peuvent toutefois tout suppléer. Il en est résulté beaucoup d'incertitude et de confusion sur le statut juridique de la fonction exécutive, ses pouvoirs et immunités étant abandonnés à une interprétation judiciaire qui ne pèche pas par excès de clarté. Il existe donc des difficultés pratiques pour mener à bien une étude claire et cohérente du statut juridique de la Couronne et de l'Administration.

2. L'existence de facteurs subjectifs

À ces obstacles qui relèvent de la nature des institutions, viennent s'ajouter aussi des raisons qui découlent davantage de conceptions subjectives et du contexte sociopolitique. En effet, une période de libéralisme intense a abouti dans plusieurs pays de tradition anglo-saxonne à une incompréhension de la notion d'État, notamment des fonctions administrative et exécutive. L'enseignement des principes du droit public était d'ailleurs symptomatique de ce phénomène puisqu'on négligeait cette dimension pour aborder surtout l'étude du principe de légalité et de la séparation des pouvoirs. Plusieurs

---

44. C'est notamment en droit administratif que se manifeste depuis peu une volonté de remédier à ces lacunes. Voir en particulier les développements de Dussault et Borgeat sur les structures de l'Administration (1984, p. 61 et s.).

45. Cette disposition est complétée par l'article 11 qui énonce : «Il y aura, pour aider dans l'administration du gouvernement du Canada et donner des avis à cet égard, un conseil nommé le Conseil privé de la Reine pour le Canada ...».

auteurs ont été influencés par la tradition diceyenne du droit public où l'anathème a trop souvent été jeté contre l'Administration et l'Exécutif. Même si les idées de Dicey ne sont plus acceptées par une large majorité de la doctrine, leur influence se prolonge encore par le peu d'analyses résolument modernes sur la fonction exécutive.

Si cette carence s'explique en partie par le contexte idéologique, des obstacles plus proprement psychologiques jouent aussi. Le terme «Couronne» présente une dimension spéciale qui dépasse largement par ses implications le simple attachement à la monarchie. Ce terme possède à lui seul une force incantatoire qui transpose sur un plan immatériel une simple réalité institutionnelle. En effet, le prestige et l'éclat de l'institution royale rejaillissent inévitablement sur la fonction exécutive qui devient à son tour d'une essence distincte et supérieure. Elle acquiert ainsi une prééminence idéologique que ne permet pas le simple emploi des termes «Gouvernement» et «Exécutif». Sans que l'on puisse lui assigner un caractère déterminant, cette dimension irrationnelle de la Couronne nuit à une analyse sereine et pragmatique de ses privilèges et immunités. Sans aller jusqu'à créer une crainte révérentielle pour une réalité transcendante, le terme peut facilement revêtir une allure mythique susceptible de faire obstacle au changement. Ce problème n'a pas échappé à Mitchell qui note que les expressions «Couronne» et «prérogatives» ont des résonnances féodales dont le caractère mystique camoufle en réalité de simples règles dont la signification véritable n'est pas directement perceptible (1964, p. 223).

L'autre force du terme «Couronne», tout aussi puissante que la première, est en effet son pouvoir d'occultation, ce qu'il faut proprement désigner comme le non-dit. Ce qui est passé sous silence est tout aussi significatif que ce qui est dit. En effet, toute référence à la Couronne, aux prérogatives et privilèges, permet opportunément de jeter le voile sur la fonction exécutive, en particulier sur son accomplissement normal. L'Administration retire ainsi un net avantage en escamotant la dimension purement administrative de son action au profit de formules dont les citoyens ne saisissent pas toujours la portée exacte. Dans certains cas, ce doute est bien réel puisque quelques privilèges, oubliés ou apparemment tombés en désuétude, peuvent inopportunément resurgir en cours d'instance. Une telle confusion serait difficilement admise si les administrés étaient pleinement conscients d'avoir à débattre seulement d'un acte ou d'un fait de l'Administration. Avec la Couronne, ils sont au contraire confrontés à une supra-légalité où prévalent pour des raisons historiques des régimes d'exception fondés sur une vision trop autoritaire des rapports État-individus. Dans cette perspective, il est bon de méditer l'exemple du droit administratif français où le terme «puissance publique», réalité analogue à celle de la Couronne, a été longtemps employé dans un sens métaphysique qui l'a en partie discrédité (Vedel et Delvolvé, 1982, p. 65).

Le fait que le Gouvernement, l'Administration puissent bénéficier d'un régime distinct de celui des individus, a été motivé dans l'Angleterre victorienne par une référence directe à la monarchie, tandis que dans la France de la même époque, référence était faite à l'idée de pouvoir de commandement inhérent à l'État. De nos jours, ce sont les notions d'intérêt général ou d'intérêt collectif qui sont en réalité à la base de ce droit d'exception, ce qui permet de situer le débat à un tout autre niveau en éliminant toute référence à une quelconque forme de prééminence métaphysique de l'État. À ce stade préliminaire, la

Commission ne croit plus qu'il soit possible de justifier un régime d'exception au profit de la Couronne par l'idée d'autorité immanente ou de privilège régalien. Un changement d'attitude serait grandement facilité par des modifications terminologiques. Des expressions comme «Couronne», «prérogative royale», «privilège», sont tout à fait révélatrices comme phénomènes signifiants du langage puisqu'elles réfèrent à l'idée de droits et avantages inhérents à la naissance ou à la fonction[46]. Une simple référence aux pouvoirs et immunités de l'Exécutif et de l'Administration faciliterait un examen plus serein de la situation, tout en dissipant dans une certaine mesure l'ambiguïté qui entoure la finalité de ce régime d'exception[47]. Dans une perspective unitaire, c'est la notion d'Administration fédérale que la Commission entend désormais retenir comme principe opératoire. Néanmoins, nous continuerons parfois à faire référence à la notion de Couronne dans ce document, lorsque cela s'avérera nécessaire pour la clarté du texte.

III. Conclusion

Ce premier développement consacré au statut juridique de l'Administration fédérale n'avait pas pour but une présentation complète et exhaustive de la situation. Il offre plutôt une appréciation critique en vue d'attirer l'attention sur les déficiences du système actuel. Comme on aura pu le constater, les principales lacunes sont liées à l'absence d'un statut moderne et cohérent. La confusion qui entoure la notion de Couronne explique en grande partie cette inadaptation aux réalités contemporaines. Cette notion découle d'une logique qui ne coïncide plus avec les éléments de fait et de droit qui conditionnent le statut de toute Administration moderne. Elle n'est donc qu'un élément, certes le plus important, dont il faut tenir compte pour déterminer des orientations nouvelles. Non seulement une modernisation du statut actuel de l'Administration fédérale ne peut se limiter au seul régime de la Couronne, mais en plus, cette notion apparaît comme un facteur de blocage en introduisant une distinction artificielle au sein de cette Administration.

Cette constatation incite la Commission à prendre position sur un point majeur. Dans un souci de clarification et de simplicité, toutes les réformes à venir devront avoir pour objet l'ensemble de l'Administration fédérale, désormais perçue comme un tout cohérent. Il faut maintenant penser «Administration» à l'intérieur d'un cadre théorique nouveau. Nous croyons éminemment souhaitable, tant pour le public que pour les autorités elles-mêmes, que l'Administration fédérale puisse être soumise à un régime unitaire.

---

46. Le terme privilège a pour origine l'expression latine *Privata lex* qui signifie un droit spécial reconnu en faveur d'intérêts privés.

47. Voir en ce sens Markesinis, 1973, qui condamne l'utilisation de plusieurs expressions qui réfèrent à la monarchie. Cette volonté de renouveau l'incite d'ailleurs à définir la prérogative royale sans référence à la Couronne : [TRADUCTION] «La prérogative royale est le reste des pouvoirs exécutifs, immunités et autres attributs que le Gouvernement possède indépendamment de toute loi adoptée par le Parlement, mais qui peuvent expressément ou implicitement être supprimés par le Parlement» (*Id.*, p. 309). Nul doute que des perspectives nouvelles sont offertes en évoquant directement les pouvoirs autonomes du Gouvernement ou de l'Exécutif.

Même si nous sommes davantage renseignés sur ce que pourrait être le futur statut de l'Administration fédérale, seule la moitié du chemin a été effectivement parcourue. À ce stade, rien ne nous renseigne encore sur la nature exacte de ce changement. En effet, dans une perspective unitaire, l'Administration fédérale pourrait aussi bien être soumise aux règles du droit privé qu'à un régime spécial de droit public. Une problématique de changement s'impose donc.

CHAPITRE DEUX

La recherche d'une problématique de changement

Dans les systèmes continentaux de droit administratif (par exemple, la France, la Belgique, l'Italie, la R.F.A., les Pays-Bas), le caractère distinct des règles applicables à l'Administration est considéré comme une réalité allant de soi. L'histoire, les mentalités, le poids des traditions administratives expliquent en partie l'existence d'un droit exorbitant et la présence de juridictions mixtes ou séparées. Dans les pays de tradition anglo-saxonne, la situation semble inverse dans la mesure où l'on juge que l'Administration ne doit pas bénéficier d'un droit différent par rapport aux individus. Les privilèges et immunités de la Couronne n'en constituent pas moins au profit de l'Administration un droit d'exception. Les privilèges et immunités qu'on y retrouve sont souvent comparables à ceux du continent. Les Administrations canadienne et britannique sont même parfois plus avantagées que l'Administration française. En matière de responsabilité délictuelle par exemple, l'Administration fédérale est en mesure de revendiquer un système complexe d'immunités complètes ou partielles. De même, le privilège de non-application des lois à la Couronne ne connaît aucun équivalent sur le continent européen. De la théorie à la pratique, il existe donc un fossé profond qui contredit les espoirs et les souhaits de plusieurs générations de juristes canadiens et anglo-saxons. L'assujettissement complet de l'Administration à la légalité au sens large, et à plus forte raison, au régime général du droit commun, reste donc hypothétique malgré des efforts en ce sens.

Pour les besoins de cette réflexion, les orientations fondamentales des droits administratifs anglais et français paraissent critiquables à bien des égards. Autant il est excessif de croire que l'Administration est à ce point distincte et différente de la société globale qu'elle doit forcément bénéficier de privilèges exorbitants et d'un droit complètement distinct, autant il est simplificateur, voire réducteur, d'affirmer que rien ne distingue l'Administration du reste de la société. Jusqu'à ce jour, même en pays anglo-saxon, le fardeau de la preuve a toujours été en faveur de l'Administration, ses privilèges étant tenus pour un fait acquis. Dans une perspective plus critique, il serait utile de vérifier si cette présomption peut être renversée en cherchant à déterminer si un régime de différenciation spéciale est justifié. Cette prise en compte de la spécificité administrative devrait être conciliée avec la nécessité de protéger plus adéquatement les administrés.

Pour les fins d'une appréciation critique, il est nécessaire d'élaborer une problématique de changement qui puisse obéir à un minimum de rationalité. La méthode la plus rigoureuse, et sans doute la plus objective, consiste à faire appel à l'idée de constat. Puisque dans l'étude des mécanismes juridiques, le droit identifie traditionnellement les parties en présence, pour analyser ensuite leurs rapports réciproques, pourquoi ne pas

faire de même en partant du constat que l'Administration est un phénomène situé? En effet, le statut juridique de cette dernière paraît largement conditionné par la nature des relations qui s'établissent entre les autorités publiques et les personnes privées. Cette constatation nous incite donc à recenser dans un premier temps les éléments susceptibles de renforcer la situation des individus face à l'État (Section I : *Les conditions favorables au renforcement des droits des administrés*), pour tenter ensuite, dans un second développement, de les concilier avec l'originalité intrinsèque de l'Administration (Section II : *La spécificité de l'action administrative*). Seule une analyse de ce genre peut permettre de comprendre le type de droit ou de privilège qui doit être reconnu à chacune des parties en présence.

I. Les conditions favorables au renforcement des droits des administrés

Le droit public a encore trop tendance à consacrer l'existence d'une relation inégalitaire entre État et individus. À l'image des rapports qui s'établissaient entre le Monarque et ses sujets au sein de la société médiévale, le droit moderne repose largement sur l'idée que l'État est intrinsèquement supérieur aux individus. Même de nos jours, l'expression «sujet de Sa Majesté» (*Subject of the Crown*) tend encore à être utilisée tout comme si le Monarque disposait personnellement de la *Dominatio* (Droit de suzeraineté et de propriété sur les biens et personnes de ses sujets). Cette idée de domination absolue sur des individus se confond d'ailleurs avec l'idée de souveraineté (c'est le *Dominium* du Bas-Empire)[48]. Même si ce pouvoir n'est plus illimité comme autrefois, il apparaît encore comme le fondement de la primauté de l'État. Aux arguments théocratiques tendent maintenant à se substituer les notions d'ordre public ou d'intérêt général pour assurer à l'État une prééminence spéciale sur «ses sujets de droit».

Pourtant, en dépit de cette longue tradition, l'évolution du droit contemporain remet sérieusement en cause ce type de relation. Le thème général des droits des individus face à l'État connaît en ce moment un regain d'intérêt. L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* oblige à réexaminer la nature des droits dont disposent les individus face à l'action gouvernementale et administrative. Le besoin de rendre le statut juridique de l'Administration conforme à ces exigences apparaît d'autant plus pressant que la question des droits des administrés est en ce moment au cœur des préoccupations du droit administratif. Cette discipline du droit connaît actuellement une évolution importante en tentant de favoriser l'attribution directe de droits aux administrés par le jeu de réformes législatives au lieu de se cantonner à ses préoccupations traditionnelles relatives au contrôle judiciaire. Pour favoriser ces réformes, le droit administratif doit faire preuve d'un sens

48 Le Bas-Empire se caractérise en effet par le passage du «principat» au «dominat», l'Empereur cessant d'être le premier magistrat d'un régime qui a conservé l'apparence externe des formes républicaines pour devenir le Prince d'un État centralisé et théocratique copié sur le modèle oriental. Dans un tel système, les individus ne sont que des «sujets» et non pas des «citoyens» (car ce terme implique des droits de nature politique). Avec le recul du temps, il faut donc comprendre que dans une monarchie constitutionnelle de type britannique, le principe abstrait de la souveraineté se confond encore avec la Couronne, non sans certaines ambiguïtés sur les relations de droit entre le Monarque et les individus soumis à son autorité, lesquelles sont précisément liées au poids de la tradition historique.

d'innovation en faisant intervenir des éléments nouveaux. L'analyse des incidences des libertés publiques sur les relations Administration-administrés en est un bon exemple (voir Bradley, 1983; Lyon, 1983). Il est donc nécessaire d'élargir le débat pour évaluer la portée d'éléments divers et un peu hétéroclites qui conditionnent les droits des administrés. Pour les besoins de ce document, nous retiendrons les exigences du principe de légalité, l'évolution récente des libertés publiques au Canada, la situation des individus face à l'Administration et l'attitude de la jurisprudence à l'égard des privilèges de la Couronne.

A. Les exigences contemporaines du principe de légalité

Malgré une tendance très nette au renforcement du pouvoir exécutif, l'action administrative reste soumise au principe de légalité. Dans son sens classique et libéral, cette règle consacre théoriquement le monopole du Parlement et des tribunaux pour émettre des décisions obligatoires affectant les droits des individus. Dans un sens plus moderne et propre au droit administratif, «le principe de légalité, nulle part défini par le législateur, veut que, dans un État libéral, l'administration publique soit soumise au droit, c'est-à-dire que son activité soit subordonnée à des règles de droit» (Pépin, 1984, p. 139), lesquelles relèvent principalement de la Constitution, des lois et règlements, et de la jurisprudence. Comme ce principe fondamental a été reconnu officiellement dans le Préambule de la Charte (*supra*, note 13), une telle exigence ne peut que favoriser une vision restrictive des pouvoirs et immunités de l'Administration. En consacrant la subordination de l'action administrative aux règles contenues dans la loi, un tel principe laisserait entendre que l'hypothèse de pouvoirs autonomes en faveur de l'Exécutif n'est guère admissible. De même, il est possible de prétendre que les privilèges dont bénéficie l'Administration grâce au régime juridique de la Couronne ne sont pas compatibles avec l'esprit, sinon avec les exigences mêmes du principe de légalité[49]. Il est dès lors utile de s'interroger sur la place de ces pouvoirs et immunités dont dispose l'Administration. Interprété de façon trop absolue, le principe de légalité pourrait paralyser toute approche réaliste de la fonction exécutive.

1. L'exclusion de pouvoirs autonomes

Par l'entremise de la Couronne, l'Exécutif peut revendiquer toute une série d'attributions dans le domaine des relations avec le Parlement, de la Défense, de la Sécurité nationale, des Relations diplomatiques, des déplacements de personnes à l'entrée et à l'extérieur du territoire national (la protection des ressortissants canadiens à l'étranger est à l'entière discrétion de la Couronne[50]), de la remise de dignités et de décorations, de la

49. Des réserves de ce type ont été émises par Garant, 1984b.

50. [TRADUCTION] «La Couronne n'est nullement tenue en droit d'assurer une protection militaire à des sujets britanniques en pays étrangers» (le juge Scrutton dans *China Navigation Company Ltd.* v. *Attorney-General*, [1922] 2 K.B. 197, p. 211).

nomination à plusieurs charges et fonctions, du droit de grâce, sans oublier la théorie de l'*Act of State*[51]. Plusieurs auteurs britanniques considèrent que ces pouvoirs sont «inhérents» dans la mesure où ils ne puisent pas le fondement de leur validité dans des dispositions législatives. Au Canada, le pouvoir de commandement des armées est officiellement reconnu par l'article 15 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De même, plusieurs dispositions législatives reformulent en termes précis ces pouvoirs de la Couronne sans toutefois prétendre en restreindre le caractère illimité et inconditionné. À titre d'exemples, les articles 683 à 686 du *Code criminel* font état de la «prérogative royale de clémence que possède Sa Majesté[52]». Dans la *Loi sur les subventions aux bassins de radoub*, on trouve à l'article 20 une précision qui ne fait qu'expliciter un droit exorbitant pour la Couronne : dans les ports canadiens, les navires de guerre et autres vaisseaux appartenant à Sa Majesté ont constamment droit à l'usage des bassins et ont priorité sur tout autre bateau. De même, l'article 2 de la *Loi sur les mesures de guerre* précise qu'une proclamation de Sa Majesté est une preuve concluante que l'état de guerre existe et a existé, ce qui ne fait que rappeler implicitement l'existence de la prérogative royale en matière de déclaration de guerre. De tels articles ne sont que des rappels de droits préexistants propres à la Couronne et ils ne peuvent incarner à eux seuls l'état du droit sur un privilège qui n'aurait pas été supprimé expressément ou par implication nécessaire. Comme pour rappeler l'existence de cette règle, le législateur utilise souvent des dispositions protectrices pour consolider les droits de la Couronne[53]. Le plus bel exemple de ce protectionnisme légal est fort probablement le paragraphe 3(6) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* qui rappelle et réaffirme l'existence de la règle d'irresponsabilité pour «tout acte ou omission résultant de l'exercice ... de la prérogative royale[54]». Pour les privilèges qui sont passés sous silence par le législateur, tel le pouvoir de conférer des honneurs et des dignités, ou encore le droit de réclamer l'allégeance et l'aide des individus en cas de menace d'invasion du territoire national, il faut s'en remettre à la tradition du droit public anglais et du common law[55].

Malgré la suprématie théorique du Parlement, il est intéressant de constater l'importance des pouvoirs conservés par l'Exécutif. Plusieurs d'entre eux ont une portée capitale dans le déroulement des affaires de l'État, telles la conduite des Affaires étrangères et l'organisation de la défense du territoire. Tout se passe comme s'il existait un bloc irréductible de pouvoirs reconnus à l'Exécutif. Il existe des raisons sérieuses de croire

---

51. Sur ces divers pouvoirs, voir la doctrine britannique, notamment de Smith, 1981, Hood Phillips et Jackson, 1978; Lawson et Bentley, 1961; Allen, 1962.

52. Sur le droit de grâce, voir notamment Smith, 1983.

53. Voir, par exemple, l'article 686 du *Code criminel* qui dispose que : «Rien dans la présente loi ne limite ni n'atteint, de quelque manière, la prérogative royale de clémence que possède Sa Majesté».

54. Cette disposition s'énonce comme suit :
> Rien dans le présent article ne rend la Couronne responsable à l'égard d'un acte ou d'une omission résultant de l'exercice d'un pouvoir ou d'une autorité qui, sans l'adoption du présent article, aurait pu être exercé en vertu de la prérogative de la Couronne ou d'une loi. En particulier, mais sans restreindre la généralité de ce qui précède, rien dans le présent article ne rend la Couronne responsable à l'égard d'un acte ou d'une omission résultant de l'exercice d'un pouvoir ou d'une autorité que la Couronne peut exercer, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'entraînement des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité.

55. Sur l'allégeance, voir Allen, 1962, p. 51.

que certains pouvoirs, par leur fonction et leurs finalités propres, ne peuvent appartenir qu'à l'Exécutif. Le Parlement n'a pas les moyens techniques pour administrer au jour le jour des domaines qui nécessitent des ajustements rapides.

Il existe toutefois des limites précises qui ne peuvent être dépassées sans remettre en cause les exigences fondamentales du principe de légalité. Sur le plan des principes généraux, ce dernier exclurait la possibilité de pouvoirs autonomes et distincts pour l'Exécutif. En France par contre, la Constitution du 4 octobre 1958 consacre l'existence de pouvoirs spécifiques au Gouvernement. Il en résulte une distinction matérielle entre le domaine de la loi et celui du règlement, le Parlement ayant une juridiction limitée (article 34). Sur une base constitutionnelle, le Gouvernement possède un pouvoir initial pour certaines matières (articles 20 et 21), tandis que pour d'autres, il assure l'exécution de la loi lorsque celle-ci n'a précisé que les principes généraux (articles 34 et 37). En France, la fonction exécutive possède donc des pouvoirs autonomes et exclusifs fondés sur la Constitution.

Dans les pays de tradition britannique, une telle concession aux impératifs de la puissance exécutive apparaît comme un empiètement inadmissible sur la souveraineté générale du Parlement. Malgré les apparences, la notion de prérogative royale permet d'aboutir en pratique à des résultats similaires, même si l'inspiration en est nettement différente. Il ne faut pas oublier qu'elle constitue encore le fondement d'un pouvoir réglementaire autonome en faveur du Gouvernement, lequel peut ainsi adopter des arrêtés ou proclamations sans autorisation législative[56]. Ce pouvoir n'est toutefois que rarement utilisé. Beaucoup plus significatif est par contre le pouvoir d'organisation interne de l'Administration, lequel ne découle pas de la prérogative royale ni d'un fondement législatif explicite[57]. Pour des fins d'organisation et de fonctionnement prétendument internes, l'Administration utilise des instructions, notes, circulaires, directives et autres pratiques similaires qui lui permettent dans biens des cas de modifier substantiellement l'état du droit (Mockle, 1984). Les exigences inhérentes au bon fonctionnement de toute Administration moderne rendent ainsi plus relatives des différences que l'on croyait naguère si importantes entre les divers pays occidentaux.

Dans les faits, les Gouvernements français et canadien ont donc des pouvoirs analogues. Là où les choses diffèrent, c'est qu'en France le Parlement ne peut modifier de son propre chef les pouvoirs reconnus au Gouvernement par la Constitution. Au Canada, le Parlement, théoriquement souverain, pourrait biffer d'un seul trait par une loi générale tous les pouvoirs et privilèges de la Couronne, sous réserve de la Constitution. La différence essentielle entre les deux systèmes réside en définitive dans le fondement de tels pouvoirs, car concrètement, les solutions retenues se ressemblent beaucoup.

---

56. Mitchell, 1968, p. 173. Sur la notion de *Prerogative Orders in Council*, voir Allen, 1945, p. 44.

57. Sur ces pouvoirs internes, voir Dussault et Borgeat, 1984, p. 294. Malgré leur importance considérable, les notions «d'ordre intérieur» et de «mesures d'ordre intérieur» n'ont encore fait l'objet d'aucune étude substantielle dans les pays anglo-saxons, et restent à bien des égards complètement méconnues. Il faut donc en référer à la doctrine française et allemande sur le sujet. Voir notamment de Laubadère, 1983, p. 351; Côcatre-Zilgien, 1958; Hecquart-Théron, 1981.

Cette comparaison permet de relativiser la portée du principe de légalité et de la suprématie parlementaire. Une conception trop absolue de ces principes ne permettrait pas de comprendre la relative autonomie fonctionnelle de la fonction exécutive. En effet, puisque c'est le Gouvernement qui contrôle en pratique la présentation des projets de loi, c'est lui seul qui peut juger en définitive de l'étendue des pouvoirs dont il dispose. Même si le droit tend à reconnaître le contraire par la consécration de principes à valeur absolue, le Gouvernement, et dans une certaine mesure l'Administration elle-même, disposent en réalité d'une assez grande autonomie par le simple jeu des institutions. Il existe donc des limites fonctionnelles à la suprématie du Parlement et de la Loi même si de tels principes restent les fondements du droit public anglais (Dussault, 1967, p. 312). À défaut de pouvoir les transgresser directement, ils n'ont pas une portée aussi restrictive que l'on pourrait le croire de prime abord. Même dans un système qui consacre de façon rigide la primauté de la fonction parlementaire sur le plan des principes, l'essor de l'Exécutif n'en a pas moins été remarquable. Dans ce contexte, il est normal de s'interroger sur la place qu'il convient de laisser aux pouvoirs et immunités de la Couronne. Il faut en effet rechercher d'autres limites qui n'apparaissent pas clairement à la seule lumière d'une appréciation générale du principe de légalité.

2. La recherche d'un point d'équilibre

S'il est manifeste que la fonction exécutive ne dispose pas de pouvoirs et de privilèges qui formeraient un domaine exclusif, cette constatation ne suffit pas, en contrepartie, à résoudre les difficultés qui surgissent pour apprécier à sa juste mesure la portée et la signification du principe de légalité. Il faut encore déterminer de manière satisfaisante la place de l'Exécutif dans un régime de légalité qui, apparemment, ne lui en laisse que peu. L'essor effectif de la fonction exécutive force à s'orienter vers la recherche de solutions qui montrent la relative compatibilité des pouvoirs et immunités détenus par le Gouvernement et l'Administration avec des règles en apparence antinomiques. Il doit exister un point d'équilibre que démontre l'absence de crise majeure dans le fonctionnement des institutions. Cet équilibre est le résultat d'une volonté de modération et d'harmonisation qui s'exprime par deux exigences de fond où la complémentarité ne cède en rien à l'idée du juste et du raisonnable.

a) L'idée de complémentarité

Entre le début du dix-huitième siècle et la Seconde Guerre mondiale, le parlementarisme anglo-saxon a connu une période brillante. L'attribution de pouvoirs et immunités au profit de l'Exécutif a été largement perçue comme un fait difficilement compatible avec cette affirmation du Parlement, d'où cette tendance à les réduire au strict nécessaire. Il semble donc se dégager une philosophie peu favorable à leur extension, ou même, à leur simple maintien. Or, n'y a-t-il pas justement une contradiction entre la permanence de cette attitude héritée de l'époque libérale et l'actuelle importance de la fonction exécutive? En effet, les privilèges et immunités que détient l'Exécutif en étant associé au régime juridique de la Couronne sont réellement exorbitants, tout comme si ce régime politique était basé sur la suprématie de la fonction exécutive.

La situation est en réalité plus complexe. Ce tableau ne laisse pas présager que les institutions officielles, Parlement et Couronne, ont connu simultanément ce qu'il faut appeler, sous toute réserve, un déclin relatif. Dans le cas de la Couronne, le déclin de ses privilèges semble en apparente contradiction avec le renforcement de l'Exécutif. Quant au Parlement, force est de constater que certains sujets se prêtent mal à l'exercice de la fonction parlementaire Cet organe ne peut matériellement tout faire, d'autant plus que certaines questions ne peuvent être réglées de façon satisfaisante par une assemblée délibérative. Le processus gouvernemental et administratif est plus souple, plus rapide; compte tenu de son caractère permanent, il s'adapte mieux aux changements. En comparaison, «le processus législatif présente les traits antithétiques : session non permanente, assemblées toujours nombreuses et parfois bicamérales, publicité des débats, beaucoup de symbolisme juridique et de formalisme procédurier, lourdeur et manque d'adaptation aux circonstances, lenteur de décision et d'action» (Bergeron, 1982, p. 231). Il existe donc des matières où des interventions relevant de la responsabilité de l'Exécutif entrent dans une certaine logique institutionnelle. Ce fait n'exclut nullement un débat devant le Parlement si l'Opposition désire obtenir des éclaircissements sur une orientation prise par le Gouvernement.

Il semble donc exister une complémentarité indéniable entre le Parlement et l'Exécutif qui dément l'apparente opposition de ces deux organes. Au sein de l'État, il ne s'agit en réalité que d'un simple phénomène de spécialisation des fonctions, que Sieyès évoque d'ailleurs très bien dans sa formule célèbre : «Délibérer est le fait de plusieurs, exécuter est le fait d'un seul[58]». Comme de fait, les principes de suprématie du Parlement et de la loi ne sont pas forcément antagoniques avec les pouvoirs et immunités de l'Exécutif. En 1960, Thorson constatait que [TRADUCTION] «pour assurer la suprématie de la loi, il ne faut pas uniquement des garanties appropriées contre l'abus de pouvoir, mais également un Gouvernement efficace capable de maintenir l'ordre et d'assurer l'existence de conditions socio-économiques adéquates pour la société[59]». Les compétences de l'Exécutif s'inscrivent sans difficulté dans la logique des principes constitutionnels de common law si elles ont pour but de donner un sens effectif et matériel à certaines orientations générales émanant du Parlement. Par leur nature même, certaines fonctions nécessitent une appréciation concrète que l'Exécutif peut fournir plus adéquatement que le Parlement. Le Gouvernement occupe ainsi un champ limité, qui sans être autonome et réservé, n'en constitue pas moins un «domaine ouvert» que le législateur peut modifier en principe selon son bon vouloir[60].

Tout en ayant un champ de spécialisation qui leur est propre, les fonctions parlementaire et exécutive sont donc étroitement liées et complémentaires. À certains égards, elles apparaissent même comme dépendantes l'une de l'autre. Toute évaluation d'un

---

58. Sur cet aspect de la pensée de Sieyès, voir Bastid, 1939, p. 381.

59. Thorson, 1960, p. 250. Cet auteur reprend en fait la recommandation de la Commission internationale des Juristes réunie en 1959 à New Delhi, laquelle présente une conception résolument moderne de la *rule of Law*.

60. [TRADUCTION] «La prérogative royale est le reste des pouvoirs exécutifs, immunités et autres attributs que le Gouvernement possède indépendamment de toute loi adoptée par le Parlement, mais qui peuvent expressément ou implicitement être supprimés par le Parlement» (Markesinis, 1973, p. 309).

quelconque privilège de l'Administration fédérale devrait donc tenir compte de l'originalité des pouvoirs actuellement détenus par l'Exécutif. Une telle appréciation ne peut avoir de sens que si elle repose également sur l'idée du «juste et du raisonnable» dans l'accomplissement de la fonction exécutive.

b) L'idée de limite raisonnable

Le principe de suprématie de la loi laisse entendre que tous sont soumis sans distinction aux règles contenues dans la loi. D'où l'idée que toute dérogation à la généralité de la loi doit être justifiée, même s'il s'agit du Gouvernement. Sur ce point, Wade précise que [TRADUCTION] «[l]a suprématie de la loi exige que le Gouvernement ne jouisse pas inutilement de privilèges ou d'exceptions au droit commun» (1982, p. 24). Pour cet auteur, toute exception au droit commun doit répondre avant tout à l'exigence de nécessité. Ce critère est pourtant trop rigide en laissant sous-entendre que l'exception se justifierait uniquement par l'impossibilité de recourir à une autre solution. L'idée de nécessité renvoie en effet aux conceptions de l'époque libérale où l'action administrative n'était tolérée que dans la mesure où elle était indispensable. Les causes et les motifs des interventions administratives ont évidemment changé. La nécessité devient dès lors un critère mal adapté pour justifier ce qui n'est plus conditionné par un déterminisme inévitable.

La *Charte canadienne des droits et libertés* offre d'autres éléments d'appréciation. Elle énonce en son article premier que les droits et libertés reconnus aux individus «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables ...». Cette idée de limite raisonnable représente un critère laissé à l'appréciation du juge et du législateur. Son introduction en droit canadien aboutit à la reconnaissance officielle du principe de proportionnalité en droit public[61]. Au contraire de l'idée de nécessité, ce principe permet d'apprécier un privilège de l'Administration en renvoyant à ce qui est mesuré, juste, acceptable. Cette appréciation du raisonnable devrait notamment se fonder sur trois éléments précis.

La limite raisonnable est déterminée avant tout par l'idée d'adaptation aux buts poursuivis. Sans être indispensable, il faut qu'un privilège soit approprié pour atteindre les diverses missions d'intérêt général poursuivies par l'Administration. Une évaluation de ce type a déjà été effectuée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacKay*. Il s'agissait de déterminer s'il y avait violation de l'égalité devant la loi pour un militaire accusé de trafic de stupéfiants devant la Cour martiale constituée en vertu de la *Loi sur la défense nationale*. Cette violation de l'égalité reposait, selon le plaignant, sur le fait qu'il était soumis à un régime d'exception qui ne présentait pas toutes les garanties requises et qu'il aurait dû normalement être poursuivi devant les tribunaux réguliers. S'exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre a justifié ce régime d'exception par sa compatibilité avec la *Déclaration canadienne des droits* :

---

61. Ce principe a été reconnu dans d'autres systèmes de droit. Voir notamment Delpérée et Boucquey-Rémion, 1982; Braibant, 1974. Pour en connaître davantage sur les implications théoriques et pratiques du premier article de la Charte, voir notamment Morel, 1983 qui fait état d'un «contrôle de compatibilité». Voir également Conklin, 1982; Marx, 1982.

> ... la création d'un droit militaire ... s'est faite rationnellement, sans arbitraire ni caprice ... [L]'apparition du droit et des tribunaux militaires est la suite logique des problèmes particuliers que rencontrent les militaires dans l'accomplissement de leurs diverses tâches. Il est socialement souhaitable de reconnaître que les militaires forment une catégorie au sein de la société à l'égard de laquelle existent des lois particulières relatives aux droits et recours, y compris des tribunaux et des procédures particuliers, ce qui, à mon avis, ne contrevient pas à la *Déclaration canadienne des droits*. (*MacKay* c. *La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, p. 407-408)

Cette appréciation du caractère approprié d'une mesure d'exception a été reprise récemment pour apprécier la compatibilité du paragraphe 235(2) du *Code criminel* (Alcooltest) avec les dispositions de la Charte (*R.* v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378, p. 393). Pour apprécier le caractère de «limite raisonnable», le tribunal s'est référé aux critères proposés par le juge Rand (1961) à propos du *due process of law* de la *Déclaration canadienne des droits*. Ces critères insistent sur les notions d'intérêt public, d'adaptation à la fin recherchée (*appropriateness*), de proportionnalité entre l'ampleur de la dérogation et l'objectif visé. Pour les fins de notre réflexion, il faut donc que les privilèges de l'Administration puissent se justifier par leur finalité d'intérêt public[62]. Le secret administratif nous offre à cet égard un bon exemple. En effet, le maintien du secret est-il convenable dans un contexte où le fonctionnement de plusieurs services administratifs ne requiert pas une stricte confidentialité pour atteindre des fins d'intérêt général? Il faut donc que ces règles touchant le secret soient appropriées et adaptées à la nature des activités administratives. Il ne faut pas qu'elles soient nécessaires, indispensables, mais plutôt adaptées à la fin recherchée, ce qui permet d'obtenir une appréciation plus critique.

À cette évaluation s'ajoute un deuxième élément qui fait intervenir la notion de gravité. Il ne faut pas qu'un privilège fasse subir aux administrés un préjudice excessif eu égard aux fins poursuivies par l'Administration, ou qu'il soit exorbitant en comparaison de l'importance réelle des résultats qu'elle tente d'obtenir. À la lumière de l'ensemble de ce document, il apparaît assez clairement que l'exception au régime général ne doit pas dépasser pour l'Administration la dimension réelle de ses activités.

Enfin, dernier élément à retenir, l'idée de limite raisonnable implique l'existence de mesures qui puissent compenser le caractère exorbitant d'un régime d'exception. Il n'est plus possible en effet de donner comme autrefois un sens absolu et entier à un privilège. À plus forte raison pour les privilèges de la Couronne, plusieurs personnes se montrent convaincues que les administrés seront mieux protégés par le rejet d'une trop grande généralité de l'exception. D'où l'idée qu'une dérogation ne peut se concevoir sans garanties et règles précises.

Cette idée de limite raisonnable aux privilèges et immunités de l'Administration montre que le droit évolue sans cesse vers un point d'équilibre entre les intérêts légitimes des administrés et des impératifs dits de «puissance publique» (Dussault et Borgeat, 1982, p. 661). L'existence d'un vaste mouvement de revendication en faveur de l'accroissement

---

62. Wade affirme d'ailleurs à ce sujet : [TRADUCTION] «En principe, les autorités publiques devraient être assujetties à toutes les obligations juridiques ordinaires qui ne sont pas incompatibles avec leurs fonctions gouvernementales» (1982, p. 24).

des droits et garanties des individus face à l'État ne laisse guère planer de doutes sur la nature de ce point d'équilibre. Malgré ce contexte favorable aux administrés, la détermination précise d'un tel équilibre ne peut se faire de façon abstraite. Il faut donc recourir à des éléments plus précis que l'évolution récente des libertés publiques est susceptible d'apporter.

B. La primauté des conceptions libérales

La reconnaissance de la primauté des droits individuels se concrétise d'abord par une série de mesures tendant à préserver l'intégrité morale et physique des individus. Ce sont les libertés publiques au sens le plus classique. Cette consécration se manifeste aussi par une recherche de l'égalité juridique pour favoriser l'épanouissement matériel de chacun. Ces deux types de droit concourent à former un ordre libéral auquel l'État tend lui-même à être assujetti à titre d'acteur principal. Il importe donc d'évaluer les conséquences de cette situation sur les privilèges que détient l'Administration fédérale. Le caractère exorbitant de plusieurs d'entre eux pourrait potentiellement entrer en conflit avec la reconnaissance de plusieurs droits et libertés.

1. La prépondérance des droits individuels

La Charte consacre de façon explicite la nature libérale du système politique et juridique du Canada. À cet égard, elle apparaît comme un texte de conception classique où prédominent la primauté de l'individu et les acquis des révolutions libérales du siècle dernier. Elle aurait pu être davantage novatrice[63] en consacrant certains droits économiques et sociaux : droit au travail, droit aux libertés syndicales, droit de grève, droit à l'instruction, droit à la santé et à la sécurité matérielle, droit d'asile, droit à la culture[64]. La reconnaissance de tels droits tend cependant à apparaître, encore timidement, dans certaines dispositions. En effet, l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît, ou plus exactement, crée une obligation qui incombe aux autorités provinciales et fédérales, de promouvoir le bien-être des Canadiens afin d'accroître l'égalité des chances, de favoriser le développement économique et de fournir les services publics essentiels[65].

---

63. [TRADUCTION] «Premièrement, la nouvelle *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas un document novateur en matière de droits ... La philosophie politique à la base de la Charte n'est pas aussi moderne que celle qui a inspiré la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, ou les autres déclarations qui en découlent» (Whyte, 1982).

64. Il s'agit de droits dont la consécration est par exemple particulièrement nette dans le *Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946* (ce préambule est encore en vigueur) et dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948* (articles 22 à 27), texte complété par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966*.

65. Sur cette question des droits sociaux, voir Proulx, 1983; Lebel, 1983.

Ces droits «nouveaux» sont considérés par la doctrine française comme ceux de la deuxième génération par opposition aux droits civils et politiques de la première génération reconnus par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. Récemment des auteurs ont aussi fait état de droits de la troisième génération : droits nouveaux pour les administrés, droit à la nature ou à l'intégrité du milieu naturel, droit au développement, droit des peuples à disposer librement d'eux-mêmes, droit sur les ressources naturelles, etc. (Pelloux, 1981). La Charte reste silencieuse sur le sujet. Faut-il en conclure que ce texte méconnaît à bien des égards certaines dimensions nouvelles des libertés publiques?

Malgré toute son importance en droit public canadien, la Charte ne reflète pas à elle seule l'état des libertés publiques au Canada. La conception anglo-saxonne des libertés publiques diffère notablement des systèmes qui privilégient des déclarations, proclamations ou chartes qui contiennent l'essentiel des droits et libertés. En Grande-Bretagne, ces derniers sont contenus dans les diverses lois du Parlement et revêtent dès lors un caractère «statutaire». Même au niveau de chacune de ces lois, il existe peu ou pas de proclamations solennelles. Très concrets, les textes anglo-saxons se bornent à énumérer diverses procédures de préférence à de grands principes. Les droits dits des «deuxième et troisième générations» sont en réalité consacrés à des degrés divers par le législateur[66]. Les pays de tradition anglo-saxonne reconnaissent implicitement ce qui ailleurs fait l'objet de proclamations explicites. La Charte ne prétend pas être exhaustive puisque l'article 26 garantit que la reconnaissance de certains droits et libertés «ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada». De même, aux États-Unis, la non-reconnaissance par la Constitution des droits économiques et sociaux ne veut pas dire pour autant qu'ils n'ont aucune portée (Henkin, 1981, p. 229; Ginsberg et Lesser, 1981, p. 238).

La conception britannique des droits et libertés, malgré ses qualités de souplesse, n'en est pas moins critiquable. En effet, par leur caractère purement législatif, ces droits n'ont qu'une portée amoindrie. En période d'urgence ou de crise, il ne sera que plus facile de les mettre en veilleuse. De même, n'ayant pas de valeur constitutionnelle ou supra-législative, ils sont soumis aux aléas de la conjoncture politique[67]. Sans doute conscientes de ces difficultés, les autorités canadiennes ont voulu rompre avec la tradition britannique en recourant à une Charte des droits et libertés, ce qui revient à conférer à ceux-ci une valeur et une portée considérables. Ce geste n'est pas sans conséquences. En effet, en énumérant certains droits plutôt que d'autres, les auteurs de la Charte leur

66. Ce n'est toutefois pas une excuse suffisante pour justifier leur exclusion d'une Charte constitutionnelle comme l'ont déjà soutenu Chevrette et Marx, 1979, p. 109.

67. Décrivant la situation qui prévalait avant l'adoption de la Charte, Hogg fait observer que [TRADUCTION] «il n'en demeurait pas moins que si la loi supprimait explicitement une liberté civile, le citoyen lésé était privé de tout recours» (1984, p. 284-285). Ce type de difficultés a contribué à stimuler l'intérêt des juristes canadiens pour diverses expériences étrangères reposant sur des textes et déclarations à valeur supra-législative. En effet, [TRADUCTION] «une Déclaration des droits, inscrite dans une Constitution ne pouvant faire l'objet de modifications législatives, pourrait protéger les libertés civiles de tout empiétement parlementaire» (*Id.*, 1983).

ont conféré une primauté et une prééminence sur tout autre texte[68]. Dès lors, la conception canadienne des libertés publiques est avant tout fonction des droits contenus dans la Charte, celle-ci apparaissant désormais comme un texte de premier plan ayant valeur de fondement. Ce que ce texte dit ou ne dit pas est donc particulièrement significatif.

Même si on peut se réjouir du fait que plusieurs droits sortent grandis et renforcés de leur inclusion dans la Charte, ce progrès semble en définitive plus relatif qu'on pourrait le croire de prime abord. En effet, toute énumération restrictive conduit à privilégier certains droits plutôt que d'autres. Une déclaration des droits qui n'est pas réellement exhaustive ou assez novatrice peut faire regretter la prépondérance d'une catégorie de droits sur une autre. Par contre, elle ne laisse généralement planer aucun doute sur le fondement idéologique d'un système politique et juridique. De caractère restrictif, la Charte permet justement de comprendre la véritable signification des libertés publiques au Canada.

Malgré une ouverture en direction des droits «particulièrement nécessaires à notre temps», pour reprendre ici la formule célèbre du Préambule français de 1946, la Charte canadienne est surtout l'expression d'une conception individualiste des droits. Elle consacre l'existence des traditionnels droits politiques chers à la pensée libérale : les libertés de conscience et de religion, de pensée, de réunion, d'association. Elle consacre aussi l'existence du droit de vote, du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, et du droit à la libre circulation. De même, les diverses garanties d'ordre pénal énumérées aux articles 8 à 14 consacrent la primauté de l'individu et l'inaliénabilité des droits qui se rapportent à sa personne. Il est d'ailleurs symptomatique de constater que plusieurs articles débutent par la formule «Chacun a droit à ...». Il faut toutefois se garder d'exagérer à dessein le caractère libéral de la Charte, puisque contrairement à l'article 17 de la Déclaration française de 1789, aucune disposition ne consacre l'existence du droit de propriété ou d'un quelconque droit à la sécurité de ses biens[69]. Ce fait un peu curieux renforce le personnalisme de la Charte qui paraît donc refléter une doctrine philosophique qui conçoit l'individu, la personne humaine, comme la valeur suprême.

---

68. Cette suprématie de la Charte (texte, qui rappelons-le, est la première partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*) se matérialise dans la partie VII de cette même loi, au paragraphe 52(1) : «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Assez curieusement, les circonstances politiques qui ont présidé à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été à l'origine de l'introduction d'une disposition dérogatoire à l'article 33, laquelle énonce, au paragraphe (1), que :

> Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

La compatibilité de cette disposition avec les principes énoncés aux articles 1 et 52 reste pour le moment très ambiguë.

69 L'inclusion éventuelle de ce droit dans la Charte préoccupait récemment certains parlementaires fédéraux (*Le Devoir*, 3 mai 1983, p. 3).

La conception canadienne des libertés publiques est donc largement orientée vers l'attribution de droits qui concernent la personne prise individuellement[70]. Déjà, la *Déclaration canadienne des droits* de 1960 référait explicitement dans son préambule à «la dignité et la valeur de la personne humaine» et la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'attaque encore à plusieurs cas de discrimination illicite. La Charte apparaît donc comme le prolongement direct d'une certaine tradition. Le caractère individualiste de ce texte a d'ailleurs été souligné par une interprétation judiciaire soucieuse de défendre les libertés individuelles (*Québec Association of Protestant School Boards* c. *Le procureur général du Québec*, [1982] C.S. 673, p. 692). Il faut toutefois éviter de conférer un sens trop absolu et trop dogmatique à l'idée de droits individuels. Par le critère de limite raisonnable, ceux-ci devraient pouvoir s'effacer devant un quelconque intérêt collectif. Par hypothèse, si la Charte devait reconnaître le droit de propriété et le droit à la sécurité de ses biens, cela ne signifierait pas pour autant qu'il faille déclarer illégale toute opération d'expropriation publique sous prétexte qu'aucun droit collectif ne peut priver un seul individu d'un droit reconnu dans la Charte. L'opposition un peu artificielle entre le collectif et l'individuel est beaucoup plus relative qu'on ne le pense généralement. Dans l'esprit de la Charte, il est donc plus juste de faire état d'une prépondérance des droits individuels et non pas d'une primauté absolue qui serait de nature à les rendre incompatibles avec un intérêt collectif.

La Charte consacre donc l'existence de certains droits qui contribuent à renforcer la position des individus face à l'Administration et à l'État. De toutes ces garanties, la règle de l'égalité de traitement est sûrement l'une des plus essentielles.

2. La recherche de l'égalité de traitement

Cet accroissement de la force juridique des droits individuels face à l'État est rendu plus significatif encore par la reconnaissance du droit à l'égalité de traitement. Le paragraphe 15(1) de la Charte dispose en effet que :

> La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination ...

La portée de cet article n'est peut-être pas aussi claire qu'on pourrait le croire de prime abord. Les références faites à la personne et à la notion de discrimination peuvent être interprétées dans le sens restrictif d'atteintes ou de violations limitées aux seules

---

70. Même si l'article 28 de la *Loi d'interprétation* précise que le terme «personne» comprend des personnes morales comme les corporations, le contexte semble plutôt indiquer que les auteurs de la Charte visaient explicitement des personnes physiques. La version anglaise renforce ce sens puisqu'il est fait état d'*individual* à l'article 15 («*Every individual is equal before and under the law*»). En langue anglaise, un *individual* est une *particuliar person*, un être humain. À titre de personne morale, Sa Majesté dans sa fonction exécutive semble donc exclue. On pourra toutefois prétendre qu'elle est aussi une personne physique (*a natural body*), ce qui pourrait la rendre sujette à l'application de cette disposition. En réalité, cette solution ne peut être retenue puisque Sa Majesté n'est une personne physique qu'à titre de Monarque, de Chef de l'État et non pas pour incarner la Couronne, où elle est considérée comme une *corporation sole*. Voir en ce sens Haggen, 1925, p. 184).

caractéristiques externes des individus (race, langue, sexe, groupe ethnique, âge, religion, etc.)[71]. Il est donc utile de vérifier si cette disposition a réellement pour effet de consacrer dans toute sa généralité le principe d'égalité en droit public canadien avant d'examiner la compatibilité des privilèges et immunités de la Couronne avec cette idée d'égale application des lois.

a) La notion d'égalité en droit public canadien

La notion d'égalité n'est pas une nouveauté en droit public canadien. En 1960, la *Déclaration canadienne des droits* reconnaissait explicitement à son article premier «le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi». Cette règle est conforme aux exigences du principe de légalité puisque la notion de *rule of law* comprend l'idée d'égalité devant la loi pour toute personne (Chevrette et Marx, 1982, p. 1205). En effet, l'idée de primauté et de généralité de la loi implique forcément qu'en principe, cette dernière soit la même pour tous et que tous soient égaux devant elle. Ce sens n'a pas changé depuis la consécration historique du principe d'isonomie dans l'Athènes péricléenne. «L'égale application de la loi» n'est donc nulle autre chose que la *rule of law* elle-même. L'influence de Dicey a été décisive en la matière puisque la seconde signification donnée par cet auteur à la *rule of law* était [TRADUCTION] «l'égalité devant la loi ou l'égale soumission de toutes les classes au droit ordinaire du pays, administré par les juridictions ordinaires» (1959, p. 193). Un peu curieusement, les «administrativistes» britanniques ne réfèrent pas explicitement à ce principe, tout comme s'il était mal compris ou plus ou moins admis (Collon, 1971, p. 75). L'égalité n'en est pas pour autant une notion étrangère au droit anglais. En effet, même si son existence ne semble pas réellement consacrée par le droit administratif qui lui préfère les principes de justice naturelle[72], il appartient néanmoins aux principes fondamentaux du droit public[73]. Au Canada, la consécration constitutionnelle de ce principe ne laisse subsister aucun doute sur son existence réelle. C'est au contraire sa portée et son étendue qui peuvent être source de difficultés.

En dépit de cette origine britannique, le principe d'égalité apparaît encore aux yeux de plusieurs comme une importation américaine, ce qui explique dans une certaine mesure que l'on ait tendance à lui reconnaître une portée plus substantielle. Pour tenter de résoudre divers problèmes d'application, on se réfère souvent à la doctrine et à la jurisprudence américaines (Chevrette et Marx, 1982, p. 1205). Sans vouloir nier l'intérêt de cette démarche, il faut toutefois noter qu'en droit américain, la notion d'égalité dépasse largement la signification purement formelle que veut bien lui reconnaître la tradition britannique. Et comment pourrait-il en être autrement, puisque, avec l'origine antiesclavagiste

71. Avant l'adoption de la Charte, les problèmes d'égalité étaient analysés dans l'optique traditionnelle de la discrimination (Tarnopolsky, 1977).

72. Collon, 1971, p. 81. Un auteur comme Garant croit cependant à l'existence du principe d'égalité devant les charges publiques (1985, p. 396).

73. Ceci est d'autant plus vraisemblable que le droit public anglais n'a jamais clairement distingué le droit constitutionnel du droit administratif. Voir en ce sens Distel, 1982, p. 43.

du Quatorzième Amendement à la Constitution (1868)[74], le principe d'égalité a été compris et interprété dans le sens de l'égalité de traitement, du droit de toute la collectivité à bénéficier des avantages de la loi. Le caractère novateur de ce changement n'a pas été immédiatement perçu, du moins pour ses implications quant à la notion même d'égalité. Pendant longtemps, chez de nombreux juristes américains, l'idée la plus communément répandue était que la notion d'*equal protection of laws* présentait une signification essentiellement raciale[75]. Ce n'est qu'à la fin des années quarante que l'idée de discrimination devait s'étendre à la religion, à la langue, au sexe, etc. On observait alors un net changement :

> [TRADUCTION]
> Nous savons maintenant que la disposition assurant «l'égale application» de la loi fut conçue pour imposer aux États une obligation positive d'assurer à toutes les personnes la protection dans la jouissance de leurs droits naturels et inaliénables, particulièrement le droit à la vie, à la liberté et à la propriété — et ce, en toute égalité. (Tussman et TenBroeck, 1949, p. 341)

Le principe d'égalité perdait ainsi son caractère essentiellement anti-discriminatoire pour devenir une obligation positive à la charge de l'État afin d'assurer pour tous une égale jouissance des droits. C'est ainsi que depuis 1960, l'égalité a reçu un sens nouveau (*The New Equal Protection*) dans le domaine de la législation économique et sociale[76]. Certains auteurs américains en sont venus ainsi à opposer l'idée d'égalité formelle à celle d'égalité substantielle (*Formal Principle of Equality* v. *Substantive Principles of Equality*)[77]. C'est d'ailleurs en se basant sur une évaluation plus substantielle de l'égalité que tout un courant doctrinal tente de montrer qu'une égalité véritable ne peut se concevoir sans certaines

---

74. Angell, 1964, p. 51. Pour un exposé sur l'évolution historique de la notion d'égalité en droit américain, voir Handlin, 1979.

75. Voir notamment les critiques de Mason et Beaney, 1978, p. 438 et s.

76. Ce sens nouveau retient de plus en plus l'attention des juristes et des philosophes américains. Voir, par exemple, le numéro spécial du *Washington University Law Quarterly* (1979) sur un programme de conférences organisé par l'École de Droit de l'Université de Washington et ayant pour titre *The Quest for Equality*. Voir notamment les communications présentées sous le thème *Equality in Basic Needs and Services : Constitutional Right to Subsidy and Sharing*. Voir aussi l'exposé de Nagel, 1979, p. 26, qui résume ainsi l'état du droit américain sur le sujet :

> [TRADUCTION]
> Dans cette perspective (les droits et libertés fondamentaux), les principales catégories d'égalité sont l'égalité de protection politique et juridique, «l'égalité de traitement formel» de la part des institutions de la société, et l'égalité de protection contre certaines formes d'empiétement ou d'atteinte, sur le plan public et privé. La deuxième notion d'égalité, relativement plus large que la première, postule l'égalité dans la jouissance des droits fondamentaux en plus d'une répartition égale de certaines catégories de *prestations* qui sont aussi considérées comme fondamentales — soit les soins médicaux essentiels, l'éducation élémentaire, les soins accordés aux personnes âgées qui ne sont plus en mesure de travailler, et les soins minimaux à prodiguer aux enfants afin de leur éviter la sous-alimentation. La dernière notion d'égalité, qui est manifestement la plus large, propose la distribution égale de *tous* les bénéfices, en particulier ceux de nature économique. À chacune de ces trois conceptions de l'égalité correspond une orientation politique représentative de l'éventail politique américain. Ainsi, la notion d'égalité la plus étroite correspond à la politique des conservateurs, la notion intermédiaire à celle des libéraux, et la notion la plus large à celle des socio-démocrates.

  Voir également Winter, 1979.

77. Voir notamment Greenawalt, 1983. Le fait que d'autres auteurs s'interrogent sur la valeur et l'efficacité du principe d'égalité n'en démontre que mieux son importance : Westen, 1981-82; 1983.

formes de traitements discriminatoires pour renforcer la position des plus défavorisés (*Reverse discrimination*) (Goldman, 1979). Dans le domaine de l'égalité substantielle, il faut donc distinguer l'égalité stricte de l'égalité différentielle.

C'est néanmoins en France que le principe d'égalité a évolué le plus rapidement vers ce sens moderne lorsqu'il s'agit de contrôler la légalité de l'action administrative. Véritable fondement du droit public français, ce principe a été reconnu dès 1789 : «La loi ... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité» (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, article 6). Il a reçu depuis lors une large consécration dans plusieurs domaines : égalité devant la loi, devant les charges publiques, devant le service public, devant les prestations, en matière de concours et d'examens, égalité des usagers, égalité des sexes, égalité des étrangers et des Français en matière de droits fondamentaux (Rivero, 1965; Wolfers, 1971; Delvolvé, 1969; Morange, 1951; Gaudemet, 1974). Ce principe postule que toutes les personnes appartenant à une catégorie semblable doivent être traitées également, ce qui a pour corollaire logique l'interdiction d'établir une assimilation entre des personnes qui se trouvent dans des situations différentes (Carbajo, 1981, p. 177). La conception française est nettement orientée vers l'égalité de traitement, ce qui s'est surtout manifesté par l'abolition de privilèges de toute sorte (Perelman, 1977, p. 329).

La notion d'égalité a indéniablement évolué vers l'internationalisation puisque non seulement la grande majorité des pays occidentaux la reconnaissent, mais sa consécration est aussi le fait de l'article 7 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui dispose que «[t]ous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi». Comme on peut le constater, cette formulation associe les conceptions britannique, américaine et française sur le sujet.

Cette brève rétrospective nous permet de comprendre que la conception canadienne du principe d'égalité est un amalgame de solutions étrangères. L'article 15 de la Charte ne se limite pas à l'égalité devant la loi, mais il indique aussi que «tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination ...». Cette formulation reprend la conception substantielle du principe d'égalité, d'origine franco-américaine. L'égalité devient une obligation positive qui s'impose au législateur et à l'Administration.

Cette conception est évidemment plus contraignante que celle héritée de Grande-Bretagne où l'égalité n'est qu'une composante de la *rule of law*. L'idée de suprématie de la loi implique que celle-ci est la même pour tous, un individu ne pouvant se fonder sur les particularités de sa situation pour échapper à son application. En ce sens, comme l'indique le paragraphe 15(1) de la Charte, «la loi ne fait acception de personne». Il s'agit bien de la conception formelle de l'égalité devant la loi qui «se résume à l'exigence d'une simple application uniforme de la loi aux justiciables par l'Administration et les tribunaux, quelle que soit cette loi, même la plus manifestement discriminatoire» (Proulx, 1980, p. 512).

Même si la Charte est encore proche des conceptions diceyennes de l'égalité, perçue sous l'angle restrictif de la *rule of law*, un pas important semble avoir été accompli. En effet, la conception retenue dans la Charte semble dépasser largement les limites étroites de l'application uniforme de la loi pour inclure dans un sens général le droit à l'égalité de traitement[78]. L'article 15 énonce «une clause générale d'égalité, non restreinte à l'interdiction de certaines discriminations seulement» (Brun, 1982, p. 793). Il est donc possible d'entrevoir des changements vers une compréhension plus substantielle de l'égalité, laquelle s'impose de plus en plus dans les pays de common law[79].

Cette compréhension de la portée du principe d'égalité en droit public canadien est d'une grande importance en matière de privilèges et immunités de la Couronne. En effet, ce droit d'exception est-il réellement compatible avec les exigences d'une «égale application des lois» pour tous? Le «droit au même bénéfice de la loi» ne présuppose-t-il pas la suppression de privilèges qui portent atteinte à l'égalité de traitement pour tous? Par l'idée d'égalité, Dicey laissait clairement entendre qu'en dernier ressort, les individus et l'Administration devaient être soumis aux mêmes règles contenues dans la loi (1959, p. 202). Cependant, l'assujettissement de l'Administration à la règle commune est-il l'ultime conséquence du principe d'égalité, ou ne faut-il pas plutôt voir dans une telle déduction un mauvais amalgame de notions radicalement différentes?

b) La portée du principe d'égalité sur le droit applicable à l'Administration

Rien dans la Charte ne préserve expressément les droits et privilèges de l'Exécutif et de la Couronne. Bien plus, l'article 32 dispose que «[l]a présente charte s'applique ... au Parlement et au gouvernement du Canada[80]». Dans la mesure où la Charte s'impose comme une véritable charte des relations État-individus, il est tout à fait logique que la Couronne soit assujettie à ses dispositions. Il existe par ailleurs une volonté très nette de conférer à la Charte une valeur «universelle» et une portée générale, les principes énoncés s'appliquant à tous (Gibson, 1982). Faut-il dès lors conclure que les diverses composantes de la fonction exécutive doivent recevoir le même traitement que les individus?

S'il est probant que diverses institutions comme le Parlement, le Gouvernement et la Couronne (par extension) doivent respecter le principe d'égalité dans l'application de la loi, tout concourt cependant à ruiner l'hypothèse d'une assimilation globale entre l'Administration et les individus. Bien au contraire, la conception formelle retenue jusqu'ici par la Cour suprême permet de justifier l'existence de discriminations dans la loi (Beaudoin, 1975, p. 714; Samson, 1975; Bourque, 1977). Même dans la perspective de l'égalité substantielle, un traitement identique n'est pas requis pour des personnes occupant des

78. Sur cet élargissement de la notion d'égalité, voir notamment Tarnopolsky, 1982 et 1983.

79. Voir les exemples américains : Greenawalt, 1983; Westen, 1981-82 et 1983.

80. Dans l'affaire des missiles de croisière, la Cour fédérale, tant en première instance qu'en division d'appel, a clairement précisé que la Charte s'appliquait au Gouvernement du Canada en se fondant sur le paragraphe 32(1). En division d'appel, la majorité en est venue à la conclusion que cette application de la Charte vise également les décisions gouvernementales prises en vertu de la prérogative royale (*Operation Dismantle* c. *La Reine*, [1983] 1 C.F. 429; [1983] 1 C.F. 745 (C.A.)).

situations différentes. Il s'agit plutôt de non-discrimination par catégories, de «catégorisation raisonnable[81]», que d'égalité stricte. Une différence de traitement peut se justifier par l'absence de situation semblable ou encore par une nature distincte. Or, n'est-ce pas justement le cas de la fonction exécutive et des administrés? Ce serait prendre acte de la situation inégalitaire des parties. Compte tenu de sa nature juridique, du régime particulier de ses droits, obligations et privilèges, de ses origines et de sa dimension politique, des finalités d'intérêt public qu'elle a pour fonction d'atteindre, de l'objet de ses activités, tout concourt en faveur d'une distinction radicale entre Administration et personnes privées. Vouloir les assujettir à un régime commun en matière de responsabilité ou de garanties procédurales, n'est-ce pas justement nier l'existence d'un élément aussi important que la Couronne en tant que détentrice de la puissance exécutive et de la force publique? De par son essence propre, la Couronne serait «incomparable» et elle ne pourrait occuper qu'une place distincte et spéciale créée pour elle seule. En effet, il s'agit bien d'essence distincte puisque la notion de Couronne fait référence aux pouvoirs résiduels du Monarque. Or, s'il est désormais *under the law* comme tous les individus, il n'est pas pour autant assimilable à ces derniers. Son caractère public le distingue des personnes privées même s'il obéit aux principes généraux du common law. Dans l'ordre des catégories juridiques, les personnes de droit public et de droit privé ne peuvent être confondues, ce qui justifierait a priori l'existence de régimes distincts. Selon les apparences, il ne serait donc guère admissible de soumettre à l'égalité de traitement l'Administration et les administrés. Dans une telle perspective, toute relation entre la première et les seconds serait forcément inégalitaire et ne pourrait que le demeurer.

Autre fait important, l'égalité est une obligation qui incombe à l'État. Ce n'est pas l'État qui peut faire l'objet d'une discrimination. Il se contente d'assurer une fonction de police pour réprimer des violations contraires à l'égalité. Dès lors, le simple fait de s'interroger sur un éventuel assujettissement de la Couronne au principe d'égalité pourrait apparaître à bien des égards comme une discussion complètement absurde. Fort heureusement, l'article 15 de la Charte présente une portée qui dépasse le cadre restrictif de la non-discrimination pour inclure l'égalité de traitement devant la loi. Dès lors, il est admissible que l'on puisse comparer la position de l'Administration par rapport à celle des administrés pour évaluer les impératifs d'une meilleure égalité de traitement devant la loi et les tribunaux. Cette comparaison reste valable même si l'égalité est une obligation qui incombe avant tout à l'État, ne serait-ce que pour assurer son respect.

Même si ce type de comparaison entre l'Administration et les administrés est admissible, rien en revanche ne permet de déduire d'une interprétation classique de l'article 15 une quelconque obligation de les assujettir à l'égalité de traitement. Tant la nature même du principe d'égalité que le sens formel qu'on lui reconnaît généralement au Canada s'opposent à une telle conclusion. Comme on ne peut conférer à l'égalité une valeur générale et absolue, doit-on en déduire que la recherche de rapports mieux équilibrés entre l'Administration et les individus ne peut se fonder sur le principe d'égalité?

---

81. Nous faisons référence aux critères utilisés par la jurisprudence américaine relative au Quatorzième Amendement. Voir à ce sujet, Michelman, 1969-70, p. 43; Karst, 1977-78. L'expression «classification raisonnable» a été utilisée par le juge en chef Laskin dans *MacKay* c. *La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, p. 375.

En réalité, au-delà des limites du principe d'égalité, ce qui importe avant tout, c'est le sens général qui découle de cette notion. En effet, une compréhension plus souple de l'évolution générale du droit montre une recherche graduelle de l'égalité de résultat. L'égalité formelle est insuffisante puisqu'elle aboutit seulement au contrôle de l'égale application de la loi, indépendamment de son contenu. Dans un sens plus moderne, l'égalité est donc associée à l'idée de justice, toutes les diverses composantes d'une société devant être traitées de façon égale à moins de raisons objectives pour agir autrement. Cette tendance à «l'égalisation», à l'égalitarisme, est aussi justifiée par des raisons d'équité, de paix sociale et de sécurité juridique : une règle juste est forcément la même pour tous, affirme-t-on avec conviction (Perelman, 1977, p. 325; Friedrich, 1977). Au Canada, le thème de l'égalité a été directement associé à l'idée de démocratie : [TRADUCTION] «Tant du point de vue du fond que de la forme, la démocratie repose sur le respect de l'égalité économique, sociale, culturelle et morale» (MacGuigan, 1982, p. 247). Pour atteindre ce résultat, on propose la notion d'*equality of opportunity* pour corriger l'inégalité des chances, telle qu'elle résulte de la «nature» ou qu'elle soit le fruit de causes sociales, économiques et institutionnelles. Il y a donc une évolution assez nette vers une approche plus substantielle de l'égalité, cette dernière étant davantage comprise dans un sens matériel. Ce qui importe, c'est que l'égalité puisse permettre d'atteindre la justice et la démocratie en atténuant ou en supprimant des causes objectives d'inégalité entre les diverses composantes de la société canadienne, parmi lesquelles on retrouve les pouvoirs publics. Une approche qui vise donc à favoriser des relations plus égalitaires entre les autorités détentrices de privilèges et immunités, d'une part, et les administrés, d'autre part, est donc tout à fait vraisemblable. Cette orientation est conforme à la logique des événements puisque nous assistons à un accroissement continuel des droits, libertés et garanties des individus, comme par nécessité d'apporter un contrepoids, à moins que ce ne soit tout simplement l'idée même des droits et libertés publiques qui soit en progrès constant. L'État disposant déjà en fait et en droit d'une puissance considérable par le procédé de l'acte unilatéral[82], certains privilèges dont dispose l'Administration sont superflus et contredisent directement la nécessité d'améliorer la situation des administrés (Dussault et Borgeat, 1982, p. 668).

Il apparaît donc que le statut de l'Administration doit être analysé dans un sens résolument moderne où l'exception doit être motivée et non pas tenue pour un acquis. En droit contemporain, le courant dominant exige justement de justifier toute dérogation au régime général. Il faudrait désormais partir du principe que l'ensemble de l'Administration fédérale n'a pas de droits acquis et qu'elle doit justifier sa spécificité à l'épreuve des réalités contemporaines. Cette approche aurait pour effet de modifier considérablement l'analyse traditionnelle, notamment celle utilisée pour présenter les privilèges et immunités de la Couronne. Dans ce cas précis, elle en serait même exactement l'inverse. La nécessité d'un examen critique exige en effet de passer du général au particulier. Même si la Couronne est le fruit d'une évolution historique particulière, il faut envisager la création de règles d'exception pour tenir compte de différences objectives. Si nous tenions pour un fait brut le bloc général de ses privilèges et immunités pour en montrer les incohérences,

82. Voir, *infra*, p. 64 et s., les développements sur les pouvoirs de police administrative et le pouvoir d'action unilatérale.

l'obstacle serait nettement plus difficile à surmonter : cette étude risquerait fort de ressembler au siège d'une citadelle. Il faut rechercher un meilleur équilibre Administration-administrés par l'examen de solutions mieux adaptées que ne le laisse généralement entrevoir un simple retour au régime général. Les orientations nouvelles qui se dégagent de la formulation de l'article 15 de la Charte favorisent une interprétation souple et nuancée de leur position réciproque. Il y a en effet dans l'idée d'égalité une recherche d'équilibre par la prise en compte de la spécificité de tous les facteurs qui concourent à créer une situation spéciale.

L'égalité reste toujours contingente, relative et n'exige nullement pour des fins d'équilibre que toutes les parties en présence se retrouvent dans une situation identique. Cette exigence est d'autant plus importante qu'il ne s'agit pas ici de rééquilibrer les rapports de deux catégories qui, par nature, seraient semblables. La dialectique des rapports entre l'Administration et les administrés est d'une nature particulière et requiert des solutions originales adaptées à la situation respective des parties en présence[83]. Pour mieux en prendre conscience, il est dès lors nécessaire de s'interroger sur la condition actuelle des administrés. Par rapport aux idées communément répandues sur l'efficacité du régime général de droit commun, n'occupent-ils pas justement une position un peu excentrique?

C. La vulnérabilité des administrés

Le droit administratif canadien est-il adapté à l'évolution contemporaine des rapports État-individus? Bien des lacunes subsistent encore, comme par exemple, l'absence de loi sur la motivation obligatoire des décisions administratives, l'absence de garanties concernant l'exécution des jugements contre l'Administration, ou encore l'absence d'un Ombudsman sur la scène fédérale. De toute évidence, le droit présente une certaine inadaptation pour tenir compte des transformations récentes de la fonction administrative. Ce fait peut s'expliquer par le contexte libéral qui a vu naître le droit administratif, ce dernier ayant été élaboré pour répondre à des interventions limitées de la part de l'État. Les principes généraux et les règles de justice naturelle ne sont plus aussi adaptés qu'autrefois pour tenir compte d'une modification profonde des rapports Administration-administrés. Une croyance trop absolue de certains juristes dans la valeur et l'efficacité du contrôle judiciaire n'a fait que déséquilibrer encore davantage cette situation au détriment de la création de droits a priori, plus souples et mieux adaptés à la nature des relations ordinaires entre l'Administration et les individus. Pour des raisons diverses et souvent complexes, le Canada ne dispose pas d'un système de droit administratif qui

83. Le caractère inégalitaire de la relation État-individus ne permet pas de recourir à la notion d'égalité stricte mais plutôt à celle d'égalité différentielle dite «égalité inégalitaire», laquelle ne fait que souligner la permanence de la distinction aristotélicienne entre égalité arithmétique et égalité géométrique. La conception moderne de l'égalité repose en fait sur la différenciation, tant pour les droits eux-mêmes que pour les acteurs juridiques en présence. Sur cette relativité de l'égalité contemporaine, voir notamment Goyard, 1977.

puisse répondre pleinement aux attentes du grand public, notamment des plus démunis. Il en résulte donc une certaine vulnérabilité des administrés face à l'hypertrophie de la fonction prestataire, vulnérabilité que tendent à corriger certains droits nouveaux.

1. L'hypertrophie de la fonction prestataire

L'État n'est plus seulement le dispensateur d'un ordre libéral dont il apparaît le garant; il assure aussi l'exécution d'une multitude de services qui ont modifié considérablement la nature de ses fonctions. Dans cette optique, l'idée de «puissance publique» ne parvient plus à décrire correctement la situation. L'État ne peut plus être perçu uniquement en termes de police administrative, la nature de ses activités ayant dépassé depuis longtemps la simple création de régimes d'interdiction et d'autorisation. L'ensemble de la doctrine est d'ailleurs unanime pour constater le passage de l'État-Gendarme à l'État-Providence.

Pour décrire ces transformations, l'expression «État-Providence» est-elle encore pertinente? Élaborée pour décrire la situation de l'après-guerre, elle fait allusion à un régime de protection et de secours, à l'assistance de l'État. On pense dès lors à des interventions ponctuelles pour corriger une situation sociale ou économique. En réalité, les choses vont maintenant beaucoup plus loin. L'État est devenu une immense organisation vouée à la délivrance de services et de prestations ainsi qu'à des tâches de planification. Son rôle accru témoigne d'une volonté de maîtrise et de rationalisation dans l'organisation des rapports sociaux.

> Il [l'État] devient maintenant de plus en plus le régulateur du développement ou même, en périodes difficiles, de la décroissance. Il injecte dans l'industrie des sommes importantes et finance des projets communautaires. Il produit même directement des biens et des services, occupant le champ laissé libre par le secteur privé, lui faisant concurrence ou prenant sa place. Il s'engage dans la création d'entreprises publiques, soit pour permettre aux citoyens un meilleur accès à des services essentiels ou à des champs technologiques avancés, soit pour assurer l'autonomie du marché intérieur. L'État incite alors les citoyens à participer à un effort collectif. (Dussault et Borgeat, 1984, p. 12)

Plus le nombre de services offerts augmente, plus l'État tend en réalité à se fondre dans la société globale pour toucher directement tous les individus. Il en résulte une transformation des relations de ces derniers avec l'État, l'aspect purement administratif devenant prédominant. Force aussi est de constater des changements quant à leurs droits et statut pour tenir compte des exigences inhérentes à cette fonction prestataire.

2. La modification du statut des individus face à l'État

Tant en fait qu'en droit, c'est la nature même de la relation des individus avec l'État qui s'est transformée depuis deux décennies. Un glissement très net a eu lieu du politique vers une dimension plus proprement administrative.

L'utilisation du terme «citoyen» pour décrire le statut des individus face à l'État traduit bien imparfaitement la dimension nouvelle de leurs relations. Ce terme fait référence à une série de droits et d'obligations de caractère politique : le droit de vote, l'accessibilité aux charges et fonctions publiques, la détention d'un passeport, etc.[84] Devenu un prestataire, le citoyen est avant tout un usager ou un administré avec le besoin d'avoir des droits adaptés à cette situation nouvelle. En comparaison du statut de citoyen qui est demeuré presque inchangé, tous les progrès accomplis en matière de droits et libertés l'ont surtout été dans le domaine administratif, ce qui est révélateur de la prépondérance croissante de la dimension institutionnelle par rapport au domaine civique. Plusieurs pays occidentaux se sont notamment préoccupés de l'institution d'un Ombudsman, de droit à l'information et d'accès aux documents administratifs, de motivation des actes administratifs, de procédure administrative non contentieuse, de consultation et de participation, de protection de la vie privée et de la confidentialité, de création de droits des usagers, du maintien de services dits «essentiels», de simplification des formalités, de décentralisation administrative et de garanties supplémentaires dans le déroulement des instances contentieuses (le recours collectif par exemple).

Toutes ces réformes accomplies dans un temps relativement court illustrent bien l'essor de la fonction administrative. Ne disposant que de droits limités, les individus se trouvaient dans une position amoindrie que les autorités ont voulu corriger pour rendre l'État «moins sauvage et plus civilisé» (Debbasch, 1979). Il apparaît donc assez clairement que la relation État-individu est avant tout une relation Administration-usager, ce dernier se retrouvant dans une situation de dépendance et de vulnérabilité à laquelle on a tenté de remédier. Sans remettre en cause la pertinence et l'efficacité de ces réformes, il faut néanmoins admettre qu'elles ne sont que des correctifs qui témoignent avec éloquence des limites de la démocratie représentative traditionnelle face à l'hypertrophie de l'Administration. À elles seules, elles ne peuvent remédier à l'existence de problèmes de fond liés à la croissance de l'État. Cette dépendance est déterminée en partie par l'accroissement du rôle de l'État dans divers secteurs où les besoins des individus sont considérés comme essentiels. L'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* exprime bien cette responsabilité de l'État pour promouvoir le mieux-être matériel de toute la collectivité. La montée des droits économiques et sociaux en est l'un des meilleurs indices. De plus, à tort ou à raison, l'Administration estime qu'elle doit prendre l'initiative dans plusieurs domaines, notamment en matière de culture, de recherches scientifiques, de priorités économiques et d'objectifs industriels, de lutte contre la pauvreté et les inégalités, de promotion de valeurs nouvelles, etc. Si les autorités cherchent ainsi à se munir de moyens matériels et humains pour innover, planifier, gérer, les administrés se retrouvent inévitablement en position d'attente, rien ne pouvant se faire sans la subvention ou le feu vert donnés par l'Administration. Avant même d'être politique, ce phénomène démontre l'importance prise par la gestion technicielle et scientifique de la société. Il en résulte une complexité croissante qui se manifeste au niveau de l'organisation administrative et de ses moyens d'intervention, créant ainsi une situation propice à un déséquilibre des rapports Administration-administrés.

---

84. La référence aux «citoyens» présente aussi la fâcheuse conséquence d'exclure les étrangers, ces individus étant particulièrement vulnérables face à l'Administration.

Si ce déséquilibre résulte surtout des transformations de la fonction administrative, d'autres causes inhérentes à la condition sociale et économique des invididus le favorisent également. Force est de constater un phénomène d'atomisation croissante des individus au sein de la société canadienne. Des groupes non négligeables de la population sont confrontés à l'isolement, à l'impuissance et à une marginalisation accrue. Ce phénomène apparaît comme le résultat de causes multiples liées, par exemple, au déclin ou à la désagrégation des institutions intermédiaires entre la société civile et le pouvoir politique (clubs sociaux, comités d'entraide, institutions charitables, institutions religieuses). Bien d'autres facteurs entrent aussi en ligne de compte : augmentation des familles monoparentales, relâchement des liens familiaux, crise économique et chômage, techniques de consommation et exigences de division du travail. De plus en plus, l'individu isolé est confronté à ce qu'il serait convenu d'appeler un face à face direct avec l'État. Démuni et mal renseigné, il n'est plus qu'un bénéficiaire de prestations d'aide sociale, d'assurance-chômage, ou encore de pensions de vieillesse ou d'invalidité, un demandeur de bourses et de prêts, un usager de services dits essentiels. Or, cette situation devrait inciter les juristes à créer des mécanismes juridiques qui obéissent à un esprit et à des finalités d'un genre nouveau.

Face à cette modification de leurs rapports, le régime juridique de la Couronne est singulièrement inadapté. Il apparaît comme l'expression de conceptions autoritaires où prévalent la soumission et l'assujettissement des individus dans leurs rapports avec l'État. Pour tenter de remédier à cette infériorité juridique, il est nécessaire de revaloriser leurs droits en ne tenant plus pour un acquis la prééminence des pouvoirs publics. Autrefois, cette prééminence n'était bien souvent qu'un résultat un peu factice lié à l'incapacité de concilier l'idée de différenciation spéciale de l'Administration avec celle de droits et garanties pour les individus. Il faut justement éviter de perpétuer une conception absolutiste de l'État par le refus de toute contrepartie. L'intérêt national ou la raison d'État ne peuvent servir d'excuse facile pour éluder la nécessité d'une réévaluation critique.

Trop attachée à une interprétation traditionnelle des privilèges et immunités de la Couronne, la jurisprudence ne fait bien souvent qu'entériner cette situation. Malgré l'apparition de tendances nouvelles, elle reste encore insatisfaisante sur la question, ce qui ne peut que convaincre de la nécessité d'une réforme législative pour élaborer des solutions novatrices.

D. Les insuffisances du contrôle judiciaire

Depuis quelques décennies, on fait souvent grief au juge administratif français de sa trop grande compréhension à l'égard des impératifs de bon fonctionnement de l'Administration (Mestre, 1974). Si on se tourne également vers le passé, il serait possible d'en dire autant, sinon davantage, de l'attitude du juge judiciaire au Canada sur le même sujet. Dans le domaine des privilèges et immunités de la Couronne, il a très peu innové au cours de ce siècle en se retranchant derrière une interprétation traditionnelle qui favorisait

directement l'Administration. En effet, le juge s'est trop souvent limité à constater l'existence et l'étendue réelle d'un privilège pour décliner aussitôt toute autre forme d'examen[85]. De plus, la tradition lui suggère une interprétation favorable à la Couronne. Les règles régissant l'applicabilité des lois à la Couronne fédérale en sont une bonne illustration puisque cette dernière n'est considérée liée qu'à la condition d'une mention expresse à cet effet dans la loi ou par implication nécessaire[86]. En cas de silence de la part du législateur, la jurisprudence peut donc spéculer sur son intention d'assujettir la Couronne à l'application des dispositions d'une loi. Or, cette spéculation est nettement orientée dans un sens favorable à la Couronne puisque le juge interprète restrictivement les dispositions susceptibles de la lier :

> une longue jurisprudence a établi que la Couronne ne peut perdre ses prérogatives que par une loi qui le stipule clairement et précisément ... toute loi à laquelle l'on cherche à attribuer un tel résultat doit être interprétée en faveur de la Couronne et contre celui qui préconise l'abandon de ses prérogatives par la Couronne. (*Le Syndicat canadien de la Fonction publique* c. *La Société Radio-Canada*, [1976] 2 C.F. 145, p. 149)

En cas de doute, la présomption est en faveur de l'Administration et non pas des administrés. Dès lors, chaque fois qu'une loi ne précise pas clairement qu'elle s'applique également à la Couronne, l'Administration peut se fonder sur cette interprétation judiciaire pour violer directement son contenu. L'affaire *Eldorado Nucléaire*, dont nous avons déjà parlé (violation des normes ontariennes relatives à l'environnement), illustre clairement le fait que le régime juridique de la Couronne permet à l'État de se placer au-dessus des lois, même pour ses entreprises de nature industrielle et commerciale qui le placent en concurrence directe avec des entreprises privées[87].

Fort heureusement, il existe un courant jurisprudentiel favorable à une interprétation restrictive de ces mêmes privilèges (Dussault et Patenaude, 1983, p. 258 et s.). Depuis quelques années, c'est notamment la Cour suprême du Canada qui l'incarne avec vigueur. Dans l'arrêt *Labrecque*, le juge Beetz a souligné que le droit anglais moderne était hostile à l'extension de la prérogative royale et répugnait à utiliser le régime juridique de la Couronne pour expliquer certaines relations de droit. Dans le même esprit, le juge en chef Laskin avait rappelé dans une affaire similaire que :

> Au Canada, dans les provinces canadiennes, et dans les autres pays de common law, le droit est allé loin dans l'établissement d'une égalité relative de situation juridique entre la Couronne et les personnes avec qui elle traite, trop loin à mon avis pour justifier le retour à un anachronisme. (*L'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse* c. *La Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse*, [1981] 1 R.C.S. 211, p. 222).

Or, l'anachronisme en question, c'est le privilège de common law de Sa Majesté pour congédier à sa seule discrétion ses employés. Une majorité de juges ont estimé en effet

---

85. [TRADUCTION] «Les pouvoirs discrétionnaires issus de la prérogative sont également absolus aux yeux des tribunaux, en ce sens que dès qu'on leur a présenté une preuve suffisante de l'existence, de la portée et de la forme d'un pouvoir issu de la prérogative, les tribunaux déclinent toute compétence pour contrôler le bien-fondé ou la pertinence des motifs sur lesquels se fonde l'exercice du pouvoir discrétionnaire» (de Smith, 1981, p. 137).

86. *Loi d'interprétation*, article 16. Voir, *supra*, p. 16, nos développements sur cette immunité.

87. Voir, *supra*, p. 21, les développements consacrés aux entreprises publiques.

qu'une convention collective supplantait de façon expresse une situation prévue par le common law et que les autorités gouvernementales devaient s'y conformer.

Dans la même veine, on trouve l'arrêt *La Banque de Montréal* c. *Le procureur général de la province de Québec*, où le gouvernement du Québec prétendait que l'article 49 de la *Loi sur les lettres de change* ne lui était pas applicable, cet article exigeant un avis pour faux endossement d'un chèque dans l'année qui suit le jour où le tireur a pris connaissance de ce faux endossement. L'avis n'ayant pas été donné, il invoquait pour ce faire la maxime *nullum tempus occurit Regi*. Il prétendait aussi que la Couronne ne peut pas être responsable de la négligence de ses officiers ou employés. Ces arguments ont été acceptés par la Cour supérieure et par la Cour d'appel dans un jugement unanime qui fut finalement rejeté par la Cour suprême dans un jugement tout aussi unanime. La Cour a estimé que la Couronne était liée par contrat bancaire et que compte tenu de cette relation contractuelle, la Couronne ne jouissait d'aucun régime particulier en l'espèce. Le juge Pratte en a profité pour rappeler que, sous réserve d'un nombre limité d'exceptions,

> les droits ou prérogatives de la Couronne ne peuvent être invoqués pour limiter ou modifier le contenu d'un contrat qui comprend non seulement ce qui y est expressément stipulé, mais également tout ce qui en découle normalement suivant l'usage ou la loi. (*Id.*, p. 574)

La Cour suprême ayant tendance à favoriser l'approche contractuelle pour qualifier des relations juridiques, cet arrêt peut revêtir une grande portée à long terme en empêchant la Couronne de se prévaloir d'un statut de type unilatéral et législatif pour opposer à autrui ses privilèges.

De même, dans une affaire de droit pénal, *R.* c. *Ouellette*, la Cour suprême a eu à évaluer la pertinence de la règle de common law qui soustrait la Couronne au paiement des frais. Dans un jugement unanime, le tribunal a contesté «la fermeté et la précision [qu'on] attribue [généralement à cette règle]» (*Id.*, p. 571) pour déduire de façon extensive de l'article 758 du *Code criminel* une discrétion laissée en la matière au juge, laquelle ne connaîtrait «aucune limite autre que celle du juste et du raisonnable» (*Id.*, p. 578).

Dans un autre litige de droit pénal, la Cour suprême a refusé à la Société Radio-Canada la possibilité de se prévaloir de sa qualité de mandataire de Sa Majesté pour échapper à une accusation fondée sur le *Code criminel* (*La Société Radio-Canada* c. *La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339). En appliquant les principes dégagés dans l'arrêt *Langelier*, la Cour a décidé que pour bénéficier de la traditionnelle immunité de non-application des lois, la Société devait exercer ses pouvoirs d'une façon compatible avec les objectifs de la loi, ce qui n'était pas le cas lorsqu'elle permettait la projection d'un film en contravention des exigences de la *Loi sur la radiodiffusion* et de ses règlements d'application. Bien davantage que les solutions précédentes, cette décision souligne que le plus haut tribunal du pays n'entend plus reconnaître comme auparavant une portée absolue aux privilèges et immunités de la Couronne. Cette percée n'est toutefois que relative si on la rapproche de la décision *Eldorado Nucléaire* déjà évoquée. Cette affaire reprend la même problématique puisque ces deux entreprises publiques mandataires de la Couronne devaient répondre à des accusations de nature pénale pour violation de certaines dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Cette fois-ci, les entreprises intimées ont

pu revendiquer avec succès l'immunité de non-application des lois puisque le tribunal a estimé qu'elles agissaient aux fins prévues par la loi, cette dernière étant rédigée en termes très généraux. Dans la mesure où plusieurs lois organiques sont conçues en termes généraux pour laisser aux organismes et entreprises une grande liberté d'action pour la réalisation de fins d'intérêt général, on peut craindre qu'ils agissent toujours conformément à la loi pour échapper à l'application de la réglementation pénale. Il faut donc se garder de surestimer les progrès accomplis dans ce domaine par la Cour suprême.

La Cour fédérale semble également disposée à emboîter le pas dans cette remise en question du statut privilégié de la Couronne, non sans certaines hésitations dont témoigne l'affaire récente des missiles de croisière (*Operation Dismantle* c. *La Reine*, [1983] 1 C.F. 429; [1983] 1 C.F. 745 (C.A.)). La division de première instance a admis la recevabilité d'une action en jugement déclaratoire visant à faire reconnaître l'inconstitutionnalité de la décision du Gouvernement fédéral relative aux essais des missiles de croisière en territoire canadien. Même si cette décision a été renversée en appel sous motif qu'il s'agit d'une question politique dans laquelle les tribunaux ne peuvent s'immiscer, il est désormais vraisemblable (sous réserve du futur jugement de la Cour suprême*) que le juge puisse être en mesure de contrôler la compatibilité d'une décision gouvernementale fondée sur la prérogative royale avec les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* (de Montigny, 1984, p. 167; Murphy, 1984).

Les tribunaux des diverses provinces du Canada ont adopté eux aussi à quelques reprises cette approche restrictive des privilèges et immunités de la Couronne. Ce courant reste toutefois minoritaire. Par exemple, dans un arrêt récent de la Cour supérieure du Québec, *Nei Canada Ltd.* c. *Volcano Ltée*, le juge a rejeté une requête en radiation de l'enregistrement d'un privilège de sous-entrepreneur sur un immeuble de la Couronne appartenant à l'Hydro-Québec. Comme il ne peut y avoir de privilèges que sur des biens saisissables, on invoquait dans cette affaire l'immunité de la Couronne contre toute forme d'exécution forcée, notamment la saisie[88]. Cet argument a été rejeté en se basant sur l'article 14 de la *Loi sur Hydro-Québec* qui précise que l'exécution des obligations de cette société peut être poursuivie sur ses biens, ce qui rendrait les biens saisissables, même si cet article rappelle auparavant qu'ils sont propriété de la Couronne. À partir d'une simple analyse de texte, la traditionnelle immunité de la Couronne en matière d'exécution forcée peut donc être remise en cause. D'autres bastions que l'on aurait pu croire invulnérables ont aussi tombé. Le meilleur exemple en est celui de l'injonction, la Cour suprême ayant admis que des organismes mandataires de la Couronne puissent être contraints à une obligation de faire ou de ne pas faire (*Langelier*, [1969] R.C.S. 60). Au départ, ce principe se limitait aux cas où l'Administration avait agi illégalement,

---

* Au moment de mettre sous presse, la Cour suprême a confirmé le verdict de la division d'appel tout en précisant que les pouvoirs du Gouvernement en matière de défense restent soumis aux dispositions de la Charte (*Operation Dismantle* c. *Sa Majesté*, 9 mai 1985, Cour suprême, n° 18154).

88. L'immunité de la Couronne fédérale en matière de saisies avant ou après jugement reste encore la règle, comme en témoignent deux affaires récentes originaires du Québec : *Brown* c. *Le Collège Manitou*, [1983] C.S. 825 et *Rabeau* c. *Le Collège Manitou*, [1983] C.S. 832.

les tribunaux pouvant dès lors l'empêcher de faire des actes qu'elle n'était pas autorisée de faire. Dans l'affaire *Asbestos*, la Cour d'appel du Québec a progressé encore dans cette voie en acceptant la simple possibilité de l'invalidité de la loi contestée dans le litige principal pour admettre la recevabilité d'une injonction interlocutoire visant à empêcher l'expropriation de la requérante. Il suffit donc d'alléguer un motif d'illégalité ou une menace d'illégalité pour rendre très aléatoire la protection dont jouit la Couronne contre ce type de recours.

Dans les provinces de common law, les juges se montrent parfois très critiques à l'égard des privilèges de la Couronne. En matière de non-paiement des frais par exemple, la Couronne s'est vue refuser tout traitement préférentiel dans plusieurs arrêts (*Ferguson*; *Goolish*; *Thibodeau Express*; *Thomas*). Cette interprétation restrictive peut même amener des résultats assez étonnants comme en témoigne l'arrêt ontarien *Marek* v. *Cieslak*. Le Curateur public de l'Ontario, sommé de produire certains documents, avait refusé de les produire en se fondant sur la traditionnelle immunité de la Couronne qu'il possédait à titre de mandataire en vertu du *Crown Agency Act*. Ce privilège lui fut refusé sous prétexte que la Couronne n'était pas partie à l'action, ce qui pourrait laisser croire que son statut spécial n'est valable que pour des litiges où elle est directement impliquée. Dans le même esprit, un arrêt de 1979 de la Cour suprême de Colombie-Britannique reprend l'interprétation du juge Pigeon dans l'arrêt *Verreault*, et adopte, en *obiter*, une attitude restrictive sur le pouvoir contractuel de la Couronne :

> [TRADUCTION]
> la Couronne est liée par un contrat qu'un agent a conclu dans l'exercice de son autorité apparente, même si le contrat ne fait pas expressément l'objet d'une autorisation en vertu d'une loi ou d'un décret. (*Clark* v. *R. in Right of British Columbia* (1980), 15 B.C.L.R. 311, p. 318)

Ces quelques décisions ne modifient cependant pas de façon substantielle l'état du droit anglo-canadien sur les privilèges et immunités de la Couronne. Pour l'essentiel, les tribunaux des provinces de common law sont restés respectueux de ces privilèges[89]. Les vues nouvelles exprimées par la Cour suprême risquent toutefois d'avoir un impact considérable à long terme.

Même si ce nouveau courant jurisprudentiel semble prometteur, il est préférable d'éviter, dès le départ, une attitude trop passive en préjugeant de l'évolution du contrôle judiciaire. En admettant que les choses puissent progresser dans la même voie, ce courant ne pourra aboutir à une réévaluation substantielle des privilèges actuels qu'au terme d'un long et laborieux processus. Non seulement la longueur d'une telle évolution apparaît incompatible avec l'urgence d'une réforme dans ce domaine, mais en plus elle risque d'aboutir éventuellement à des solutions fragmentaires au détriment de toute réforme

89. Pour une affaire récente où la Couronne a pu revendiquer avec succès ses privilèges et immunités, voir *Re Doxtator* (1984), 44 O.R. (2d) 581.

cohérente. Il est permis de douter que l'interprétation jurisprudentielle puisse faire apparaître des solutions novatrices mieux adaptées à la nature particulière des relations Administration-administrés[90]. On peut craindre à juste titre qu'encore trop imprégnés de conceptions de droit privé, les juges ne tiennent pas suffisamment compte de la spécificité de l'Administration en tant qu'institution dotée de pouvoirs et d'obligations qui lui sont propres. Jusqu'à une date récente, cette reconnaissance des réalités administratives se traduisait par le maintien des privilèges et immunités de la Couronne.

En toute justice, il faut toutefois reconnaître que le juge ne peut être tenu entièrement responsable de la situation actuelle. Par ses finalités et ses moyens, le contrôle judiciaire poursuit d'autres objectifs et n'a pas pour fonction de redéfinir le statut juridique de l'Administration fédérale. Et comment pourrait-il en être autrement, puisque bien souvent, le juge ne dispose pas, à cause du silence de la doctrine et des restrictions du législateur, des outils théoriques nécessaires pour apporter des modifications substantielles? En ce sens, il est illusoire de croire que le juge puisse suppléer de lui-même aux carences actuelles par des solutions prétoriennes. La tradition judiciaire du Canada ne permet guère des initiatives de ce type. Si le contrôle juridictionnel peut apporter des correctifs, il ne peut offrir en revanche une réforme en profondeur, laquelle incombe normalement au législateur. Compte tenu de l'importance prise par la loi et le Parlement dans la tradition juridique de ce pays, le statut juridique de l'Administration fédérale devrait être régi par un ensemble cohérent de dispositions législatives. Seule une réforme de ce type pourrait tenir compte de cette idée de spécificité de la fonction administrative, laquelle mérite d'être explicitée davantage.

II. La spécificité de l'action administrative

L'évolution du droit public anglo-saxon est nettement orientée vers l'assujettissement de la fonction exécutive au régime général du droit commun. Ce phénomène a surtout pour origine des circonstances historiques, puisque les luttes qui ont secoué l'Angleterre au dix-septième siècle avaient notamment pour enjeu la soumission du Monarque et de ses conseillers au common law. Dès lors, dans les siècles qui ont suivi, cette volonté de normalisation des privilèges royaux s'est métamorphosée en attitude-réflexe, si bien que de nos jours, toute réévaluation des privilèges et immunités de la Couronne ne semble avoir pour seul exutoire que ce retour au régime général du droit commun. Tant par la nature de ses privilèges et immunités que par le caractère même de sa personnalité juridique, la Couronne reste pourtant une réalité de droit public. Vouloir l'assimiler au régime juridique gouvernant les individus risque de faire obstacle à l'apparition de solutions qui n'obéissent pas forcément à l'esprit et aux mécanismes du droit privé. Dans le cadre de notre réflexion, cette confusion n'est cependant pas un obstacle majeur. Notre

---

90 Des auteurs comme Dussault n'ont d'ailleurs pas hésité à mettre en doute les capacités d'innovation du juge judiciaire en estimant que «sa prudence naturelle ... le rend souvent inapte à trouver des solutions nouvelles à des problèmes nouveaux». Il déplore en ce sens qu'il ne soit «pas parvenu à établir des règles claires en matière de révision judiciaire, là où pourtant il dispose d'une immense discrétion» (Dussault et Patenaude, 1983, p. 274).

analyse est en effet orientée vers l'Administration et non pas vers la Couronne prise isolément dans son contexte historique. Tout porte à croire qu'il faut repenser à fond l'approche traditionnelle du droit public.

Plusieurs raisons militent en faveur d'une évaluation d'un genre nouveau. Il faut d'abord noter que le déterminisme qui régit l'évolution de la Couronne ne peut être confondu avec les éléments qui conditionnent et orientent l'Administration. Cette dernière est gouvernée par une autre logique. Par ailleurs, l'analyse du statut de l'Administration fédérale se prête fort mal à une approche historico-légale. Sans nier ce poids de l'histoire, déjà évoqué au début de ce document, il faut bien constater que la plupart des éléments de fait et de droit qui déterminent la nature et les fonctions de l'Administration contemporaine sont en grande partie nouveaux. L'essor remarquable de sa fonction prestataire, ou encore de ses tâches de planification et de gestion, nécessite une problématique nouvelle susceptible de prendre en compte les profondes transformations du phénomène «Administration». Il faut repenser en termes neufs ce qui a changé.

Ce renouveau devrait d'abord se manifester par une meilleure compréhension de la spécificité de l'action administrative. Ce n'est qu'au prix d'une réflexion de ce type qu'il sera possible d'envisager le régime juridique le plus adéquat.

A. Le problème de l'assimilation des activités administratives au régime général

Pour certains auteurs, «à mesure que l'État dépasse le cadre de l'État-Gendarme pour passer à l'État-Providence, dispensateur de biens et de services, son activité s'assimile de plus en plus à celle d'un particulier ...» (Dussault et Borgeat, 1982, p. 668). Dans le même sens, la Cour suprême affirmait récemment que «[p]lus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens» (*Eldorado Nucléaire*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558). La justesse de cette hypothèse justifierait éventuellement une généralisation des solutions du droit commun ou du droit civil dans le domaine des relations État-individus.

Plusieurs indices laissent plutôt présager le contraire. L'Administration assume des fonctions et des responsabilités qui restent encore sans équivalent dans les relations de droit privé[91]. Cette originalité se vérifie d'abord globalement par une étude générale de ses fonctions, et ensuite, plus particulièrement, au niveau des services et prestations

91. Par droit privé, il faut entendre les règles régissant les rapports entre personnes morales et physiques de droit privé. Des auteurs anglo-canadiens en ont d'ailleurs donné des définitions intéressantes: [TRADUCTION] «On pourrait en gros définir le droit privé comme le système qui régit les transactions et les relations entre les personnes, particulièrement en ce qui a trait à la propriété, au commerce et à la famille» (Ison, 1976, p. 799). Sur une distinction plus nuancée entre droit public et privé, voir Linden, 1976, p. 833. Voir également Harlow, 1980.

offerts aux administrés. Loin de paralyser toute évolution positive, un constat de cette nature favorise l'apparition de solutions susceptibles de promouvoir plus adéquatement les droits des administrés en tenant compte des particularités de l'action administrative[92].

1. L'existence de fonctions spéciales

Dans la perspective d'une modernisation du régime juridique applicable à l'Administration, il est essentiel que les réformes futures tiennent compte de sa nature spécifique. Dans la mesure où de multiples fonctions administratives diffèrent notablement des activités gouvernées par le droit privé[93], l'idée de régime juridique spécial propre à l'Administration n'est pas en soi une aberration. Dans bien des cas, il peut permettre d'atteindre des résultats plus satisfaisants que le régime général s'il n'a pas pour but d'avantager indûment l'Administration. Il s'agit de partir du principe qu'un traitement différentiel peut permettre d'atteindre de meilleurs résultats parce que mieux adapté au but poursuivi. Plus les activités administratives s'éloignent des procédés du droit privé, plus il est nécessaire de penser à des solutions originales. En droit public anglais, des recherches récentes vont dans ce sens en attirant l'attention sur l'impossibilité ou la difficulté d'établir des analogies entre *the individual relationships* et le Gouvernement, la Couronne, l'État (Winterton, 1983, p. 410). Comme de fait, tout porte à croire que des situations «spéciales» nécessitent des règles spéciales. Ceci semble particulièrement vrai en matière de maintien de l'ordre public et d'action unilatérale.

a) La fonction de police administrative

Le maintien de l'ordre public accapare une bonne partie des activités administratives. Au Canada, l'Administration fédérale détient de vastes pouvoirs en matière de contrôle, de saisie, de rétention, d'inspection, de confiscation, qu'il est intéressant de regrouper pour comprendre que l'Administration exerce une fonction exorbitante du droit commun.

---

92. Comme l'a déjà noté Ison, [TRADUCTION] «dans ses règles de fond, le droit public s'est élaboré en grande partie sans tenir compte du droit privé. Dans son cadre institutionnel, formel et conceptuel, cependant, le droit public n'en est pas suffisamment indépendant : au contraire, il souffre de l'interférence du droit privé» (1976, p. 824).

93. Comme le signalait récemment Ouellette, l'État «exerce aussi des fonctions de puissance publique ou proprement gouvernementales, législatives, juridictionnelles et administratives, suivant les trois fonctions traditionnelles de l'État, dont on ne trouve pas d'équivalent ou de contrepartie chez les particuliers ou dans le secteur privé : les particuliers ne votent pas à l'application des lois, n'administrent pas les prisons, ne délivrent pas d'autorisation ou de permis, etc.» (1985, p. 50).
Dans l'ouvrage de Hogg, on trouve une observation du même type :
> [TRADUCTION]
> L'État jouit d'importants pouvoirs qui ne sont pas à la portée des «sujets» (sic) : prélever des impôts, entretenir une armée, une force policière et des tribunaux, et exercer les pouvoirs nécessaires pour appliquer les innombrables lois qui régissent et fournissent les services dont a besoin la société moderne. De plus, l'État dispose de certains privilèges et de certaines exceptions au régime général. Certains de ces privilèges sont nécessaires à l'exercice effectif des pouvoirs de l'État ... (1977, p. 163)

Cette fonction se manifeste aussi par l'existence de multiples régimes d'interdiction et d'autorisation dans tous les domaines de la vie économique et sociale. En droit administratif français, cette fonction représente la notion de police administrative[94]. Le terme «police» désigne ici la fonction et non pas le personnel chargé de l'assurer. Au sens matériel, la police représente l'organisation rationnelle de l'ordre public par un ensemble d'organes et d'institutions. Encore largement méconnue dans les pays anglo-saxons, cette notion est néanmoins fort utile pour décrire correctement l'une des principales fonctions de l'Administration fédérale. Des indices montrent toutefois qu'elle commence à être admise en droit canadien[95].

Malgré l'absence d'une théorie générale ou d'un régime complètement distinct pour ces activités de police, l'Administration fédérale dispose quand même de pouvoirs très vastes en la matière. Dans bien des domaines, c'est elle qui est responsable du maintien de l'ordre public, par exemple, en matière de commerce extérieur ou de communications radiophoniques. Disposant du monopole théorique de la contrainte, elle assure habituellement cette fonction de police par la création de régimes d'exception fondés sur des permissions ou des prohibitions. Peu importe que ceux-ci soient prévus par voie législative ou réglementaire, c'est l'Administration qui devra examiner le mérite de chaque cas particulier avec bien souvent une marge étendue d'appréciation discrétionnaire. Les domaines ainsi touchés sont extrêmement variés, tant au niveau fédéral que provincial : censure cinématographique, permis d'alcool, de construction, de conduite automobile, de radiodiffusion et de câblodistribution, de transport aérien, de transport sanitaire, de mise en marché des produits agricoles, d'établissements de jeux, de création d'un barrage sur un cours d'eau, etc. Infiniment diversifiés, ces exemples montrent fort bien que l'Administration contrôle une large part de l'activité économique et sociale.

Pour exercer cette fonction de contrôle, l'Administration fédérale dispose de pouvoirs exorbitants qui ne font aucunement référence au régime juridique de la Couronne. Ce

---

94. Dans le droit administratif français, cette notion de police administrative prend beaucoup d'importance pour déterminer ce qui entre dans la juridiction du juge administratif par opposition aux activités de police judiciaire réservées au contrôle des tribunaux judiciaires. Comme l'Administration française dispose de multiples pouvoirs de polices, générale ou spéciales, avec ou sans habilitation législative, la détermination de ce qui peut faire l'objet de cette fonction revêt aussi une grande portée pour le contrôle de la légalité de l'action administrative. Voir, en ce sens, Vedel et Delvolvé, 1982, p. 161. Pour une synthèse récente, voir Picquart, 1984.

95. Voir, à ce sujet, Issalys qui fait état des pouvoirs de police économique chez les organismes administratifs autonomes (1983, p. 846). Voir aussi Lemieux qui fait allusion aux «différents régimes de polices administratives mises en place progressivement par l'État» (1983). Il faut par ailleurs noter qu'un auteur britannique comme Morgan a déjà utilisé le terme «police» au sens où nous l'entendons, en se référant notamment au droit administratif allemand : [TRADUCTION] «L'expression ‹Police› (*Polizei*) revêt ici un sens beaucoup plus large que celui qu'on lui donne en Angleterre en dépassant de beaucoup le seul champ du maintien de la paix et de l'ordre. Son sens se rapproche de celui attribué au terme ‹police power› par la Cour suprême des États-Unis, c'est-à-dire, ‹la santé publique, la moralité publique, la protection publique› » (chapitre introductif à l'ouvrage de Robinson, 1925, p. 68).

sont des pouvoirs d'inspection[96], de perquisition[97], de saisie[98], de rétention[99], de confiscation[100], de vente après saisie[101], et même pour l'imposition d'une amende[102] ou encore pour une exécution d'office[103]. Tous ces pouvoirs représentent par leur nature l'attribution de droits exceptionnels qui dépendent directement de la seule volonté du législateur et sur lesquels le juge judiciaire n'exerce que peu ou pas de contrôle. L'Administration possède donc en pratique une certaine marge d'appréciation discrétionnaire pour évaluer s'il y a eu violation de la réglementation officielle[104]. Comme cette activité de police représente pour l'essentiel une action de type unilatéral, les procédés utilisés dérogent considérablement aux règles du droit privé. Si de tels procédés sont éventuellement la source de dommages pour les administrés, la mise en œuvre des règles générales du droit civil ou du droit commun peut soulever plusieurs difficultés. Compte tenu de la complexité des mécanismes de police, la preuve d'une faute précise peut s'avérer difficile. Par ailleurs, comme les activités de police sont davantage susceptibles que les activités privées d'entraîner la commission de fautes légères causant de sérieux dommages, les tribunaux ont souvent tendance à se montrer plus restrictifs en exigeant une preuve de mauvaise foi ou de négligence grossière (faute lourde) pour engager la responsabilité de l'Administration. Faute de présomptions en leur faveur, les administrés risquent alors de devoir porter un fardeau de preuve assez lourd. Un régime spécial de droit public pourrait donc les avantager sur ce point.

---

96. Voir notamment l'article 7 de la *Loi sur l'inspection du poisson*; l'article 8 de la *Loi sur les dispositifs émettant des radiations*; l'article 7 de la *Loi relative aux aliments du bétail*; l'article 63 du *Code canadien du travail*; l'article 14 de la *Loi sur le transport des marchandises dangereuses*.

97. Voir notamment l'article 10 de la *Loi sur les contaminants de l'environnement*; l'article 36 de la *Loi sur les animaux de ferme et leurs produits*; l'article 7 de la *Loi sur l'industrie des produits de l'érable*; l'article 11 de la *Loi sur la sécurité des pneus de véhicule automobile*.

98. Voir notamment l'article 8 de la *Loi sur le développement des forêts et la recherche sylvicole*; l'article 8 de la *Loi sur la Convention relative aux pêcheries de saumon du Pacifique*; l'article 19 de la *Loi sur les épizooties*; l'article 17 de la *Loi sur le Conseil des ports nationaux*; l'article 111 de la *Loi sur l'immigration de 1976*; l'article 24 de la *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*.

99. Voir en ce sens l'article 63 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*; l'article 22 de la *Loi sur les douanes*; l'article 22 de la *Loi sur les Commissions de port*; l'article 33 de la *Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest*; l'article 39 de la *Loi sur les poids et mesures*.

100. Voir par exemple, l'article 10 de la *Loi sur la monnaie et les changes*; les articles 173 à 244 de la *Loi sur les douanes*; l'article 21 de la *Loi sur l'accise*; l'article 51 de la *Loi sur les pêcheries*; l'article 6 de la *Loi sur les produits dangereux*; l'article 52 de la *Loi sur le Yukon*.

101. Voir notamment les articles 44 et 45 de la *Loi sur les chemins de fer de l'État*; les articles 23 et 26 de la *Loi sur le ministère des Transports*; le paragraphe 381(7) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*; l'article 21 de la *Loi sur le Conseil des ports nationaux*; l'article 23 de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*.

102 Voir en ce sens l'article 20 de la *Loi anti-inflation* et le paragraphe 26(1.1) de la *Loi sur le pipe-line du Nord*.

103. Voir notamment les articles 6 et 14 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*; les articles 25 et 27 de la *Loi sur les télégraphes*; le paragraphe 4(2) de la *Loi sur la responsabilité des salaires*; l'article 17 de la *Loi sur l'expropriation*; le paragraphe 30(1) de la *Loi sur le pipe-line du Nord*; l'article 15 de la *Loi sur le transport des marchandises dangereuses*.

104. Ce pouvoir d'appréciation fait souvent l'objet de critiques, comme en témoignent les commentaires récents de Lareau, 1984.

b) Le pouvoir d'action unilatérale

Dans une perspective plus large, l'acte unilatéral, procédé par excellence de l'action administrative, incarne toute une série de principes qui ne s'appliquent qu'à l'Administration. Ces règles constituent l'un des principaux fondements de la spécificité du droit administratif.

L'acte unilatéral, individuel ou général, offre à l'Administration la possibilité de modifier l'état du droit sans le consentement des destinataires. Ce procédé est peu développé en droit privé où les individus ne peuvent en général imposer unilatéralement leur volonté à autrui (Tancelin, 1975, p. 172). De plus, l'acte unilatéral ne présuppose pas l'existence d'un lien juridique préalable, telles une relation contractuelle ou une relation d'usager. En effet, l'Administration peut modifier unilatéralement les droits et obligations d'individus avec lesquels elle n'entretient aucune relation spéciale. Même si l'utilisation de l'acte réglementaire obéit à de nombreuses conditions (Dussault et Borgeat, 1984, p. 452), un tel procédé n'en reste pas moins exorbitant au sens strict.

Par souci de différencier le droit administratif par rapport au droit privé et par le fait même de le légitimer, il est parfois tentant d'établir des différences radicales entre ces deux branches du droit. La ligne de clivage serait fonction de la nature de l'acte de droit privé, bilatéral et consensuel, par opposition à l'acte administratif, unilatéral et impératif. La prédominance absolue de la volonté d'une partie sur celle de l'autre a souvent permis de définir certaines notions fondamentales du droit administratif. Pour des besoins de systématisation, une opposition trop absolue peut être ainsi proposée en négligeant de tenir compte de certains facteurs qui contribuent, au contraire, à rendre extrêmement ténues les différences entre les notions de contrat et d'acte unilatéral[105]. Par exemple, des actes qui ont l'apparence extérieure d'un contrat sont en réalité de véritables procédés réglementaires. À l'inverse, une réglementation peut perdre une partie importante de son caractère unilatéral en étant soumise à l'approbation des intéressés. Il faut donc éviter d'associer de façon trop exclusive l'utilisation d'un procédé juridique à une discipline du droit. Ceci est particulièrement vrai pour le droit administratif où la technique contractuelle a toujours occupé une place importante. Par contre, il faut reconnaître que le droit privé n'est pas une discipline où se manifestent beaucoup des procédés de type unilatéral. Dans une large mesure, c'est la fonction exécutive qui en a le monopole et ils peuvent donc servir à illustrer la nature particulière d'une institution comme l'Administration. Sans dénaturer la réalité complexe des rapports Administration-individus, la possibilité d'agir par le moyen d'actes unilatéraux apparaît véritablement comme l'une des caractéristiques fondamentales de l'action administrative.

Il existe donc des relations profondément inégalitaires entre les deux parties en présence. L'une prétend en effet agir au nom de l'intérêt général ou de l'utilité publique pour imposer unilatéralement ses volontés à l'autre. Le droit privé peut difficilement tenir

105. Le droit administratif français a tenu compte de cette évolution en élaborant la notion d'acte mixte. Voir en ce sens Madiot, 1971.

compte de ce déséquilibre puisqu'il postule l'égalité des parties. Par exemple, les règles ordinaires de la responsabilité délictuelle sont difficilement applicables pour condamner l'État à des dommages-intérêts suite à l'exercice de pouvoirs de nature réglementaire. Dans l'arrêt *Welbridge Holdings Ltd.*, la Cour suprême a tenu compte de cette difficulté en excluant du champ de la responsabilité la fonction réglementaire d'une municipalité (voir aussi l'arrêt *Fafard*). Il existe ainsi des «actes de puissance publique» pour lesquels l'Administration dispose d'une immunité complète (Garant, 1985, p. 916). Faut-il dès lors croire que le pouvoir de commander, de réglementer, d'exercer des actes d'autorité, implique le pouvoir d'émettre des ordres non susceptibles de donner lieu à des réparations pécuniaires? Sans compromettre la liberté d'action des autorités publiques, des régimes spéciaux de responsabilité peuvent contribuer à amenuiser la portée trop absolue de cette règle. On peut ainsi réaliser d'heureux compromis entre les nécessités inhérentes à cette fonction de réglementation et la nécessité non moins importante de ne pas faire subir aux individus des dommages excessifs. Or, cette conciliation de réalités apparemment antagoniques ne peut s'opérer de façon satisfaisante dans le seul cadre du régime général de droit commun.

2. La nature spéciale de la relation prestataire Administration-administrés

Tant par l'utilisation de certaines techniques juridiques que par la spécificité de ses fonctions, l'Administration se distingue donc globalement de l'univers du droit privé. À une échelle plus réduite, peut-on en dire autant des services et prestations offerts par l'Administration? Les apparences ne laissent-elles pas présager des similitudes croissantes avec les activités privées? Ce rapprochement se justifie dans une certaine mesure par l'utilisation dans l'Administration de méthodes de gestion originaires de l'entreprise privée. Il faut y voir aussi le reflet d'une tendance qui tente de rendre plus cohérente la notion de prestation ou de service dans un contexte où certaines interventions publiques ont un caractère commercial plus marqué. Dans une culture axée sur la consommation de masse, l'obtention d'un examen radiologique dans un centre hospitalier peut s'apparenter à la fréquentation d'une salle de cinéma. Si ce rapprochement est compréhensible pour observer des phénomènes de société, en contrepartie, peu d'arguments permettent de le justifier de façon générale en droit administratif.

Certains services offerts par l'Administration ont indéniablement un caractère industriel et commercial[106]. Le cas de Pétro-Canada en est sans doute la meilleure illustration. De même, le Conseil d'administration d'Air Canada «doit respecter les règles de saine gestion commerciale, notamment la recherche du profit» (paragraphe 7(2) de la *Loi d'Air Canada de 1977*). Ces activités lucratives ne représentent toutefois qu'une mince part de l'action globale de l'Administration. L'essentiel de ses activités est en effet conditionné par des fins d'intérêt général où la recherche du profit ne joue aucun rôle. Même dans le cas de Pétro-Canada, le rôle du profit est réduit si l'on en juge par les objectifs «d'intérêt national» fixés au début de la loi (article 3 de la *Loi sur la Société Pétro-Canada*).

---

106. Voir, *supra*, p. 21, nos remarques sur les entreprises publiques.

Dans la majorité des cas, les services et prestations offerts par l'Administration diffèrent notablement de ceux émanant des entreprises privées. Fait paradoxal, les individus se retrouvent dans une position de créancier face à l'État. Leurs droits étant souvent garantis par la loi, l'Administration occupe en quelque sorte une situation de débiteur, son rôle se bornant à délivrer le service sur demande de l'administré. Cette évolution est rendue plus significative encore par l'accueil favorable des tribunaux envers les requêtes pour injonction en provenance de comités d'usagers ou de malades pour faire cesser des grèves jugées illégales. La position des juges se fonde sur le fait que ces administrés ont des droits très importants qui s'opposent à toute interruption dans le fonctionnement du service par suite d'un arrêt de travail[107]. Dans l'arrêt *La Reine, du chef du Canada*, la Cour fédérale a admis que le Gouvernement fédéral avait manqué à ses obligations en omettant de prendre les moyens nécessaires pour assurer le service des traversiers entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent[108]. Sans que l'on puisse encore en faire un principe à valeur générale, il apparaît donc que les usagers du service public ont des droits face à l'État. Ce fait est rappelé par l'alinéa 36(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui précise «que les gouvernements fédéral et provinciaux s'engagent à ... fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels». L'Administration a donc des obligations qui existent indépendamment de tout lien contractuel ou spécial[109].

En dehors d'un contrat, les individus ne disposent d'aucun droit pour obliger une entreprise privée à fonctionner. Même en position de monopole, cette dernière peut modifier en toute liberté la nature de ses activités, comme elle peut aussi interrompre son fonctionnement. Si un contrat est signé, elle peut souvent le faire moyennant compensation ou indemnité. À bien des égards, les usagers-consommateurs ne disposent pas des mêmes droits selon la nature privée ou publique de leur interlocuteur

Malgré la consécration de quelques droits, les administrés ne sont pas encore en position d'égalité face aux autorités publiques :

> l'État a beau se trouver en position de débiteur, il n'en reste pas moins l'État, investi des prérogatives de la puissance publique; il lui appartient de régler les modalités d'après lesquelles il acquittera sa dette, et de les imposer au particulier. (Vedel et Rivero, 1980)

---

107. En octobre 1982, le juge Gonthier de la Cour supérieure du Québec autorisait l'émission d'une injonction provisoire pour mettre fin à une menace de grève illégale à l'hôpital Saint-Charles Borromée et ce, à la requête du Comité provincial des malades du Québec. Cette affaire est à rapprocher d'un arrêt de 1979 relatif à la même institution et où le recours des patients pour autorisation de poursuivre en dommages-intérêts a été également admis (*Lapointe* c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Charles Borromée*, [1979] C.S. 1119, confirmé par [1980] C.A. 568).
Sur l'obligation de maintenir le fonctionnement du service, voir aussi *Ville de Laval* c. *Fraternité des Policiers de Laval*, 6 avril 1981, C.S. de Montréal, n° 81-546. Sur les droits des bénéficiaires de services de santé et de services sociaux, voir *Poirier* c. *Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511.

108. Cette condamnation est liée en partie à la violation d'ententes fédérale-provinciales et non pas seulement à la méconnaissance des droits des usagers. Mais comme le but de ces ententes était d'accorder un droit de passage aux habitants de l'Île-du-Prince-Édouard, il y a donc réellement violation de droits d'usagers. Sur l'admission de dommages-intérêts pour interruption de services essentiels, voir Brown et Lemieux, 1979, p. 790.

109. Il est très rare que l'Administration bénéficie d'un privilège d'irresponsabilité pour manquement à fournir le service public. Voir, à titre d'exemple, l'article 26 de la *Loi sur la Commission d'énergie du Nord canadien*.

Dans plusieurs cas, l'Administration dispose effectivement d'une marge d'appréciation sur les modalités d'exécution des services qu'elle offre à la population. Elle est surtout tenue à une obligation de moyens et non de résultats. L'individu désireux d'obtenir une prestation ne peut tout au plus espérer que son exécution à un niveau de qualité qui soit convenable. Quant au personnel responsable, aux locaux, à la nature du matériel utilisé, il peut s'attendre à des modifications imprévisibles. De plus, il doit fréquemment se soumettre à la discipline interne du service, celle-ci pouvant aller de la simple interdiction de fumer jusqu'au port d'une tenue vestimentaire particulière. Pour l'obtention d'un service, il peut être ainsi contraint de diverses manières, ces règles internes pouvant même s'imposer à lui en dehors des locaux réservés à l'Administration (c'est notamment le cas des formalités régissant certaines demandes d'aide matérielle ou pécuniaire). La relation Administration-usagers peut donc devenir très contraignante sans que les individus puissent avoir l'opportunité de consentir réellement à ces exigences internes. Au plein sens du terme, ils doivent se soumettre. Dans le contexte d'une relation commerciale de droit privé, les choses se présentent fort différemment. L'individu dispose habituellement d'une marge de liberté beaucoup plus grande quant au choix du commerçant et quant aux conditions d'exécution du service.

Dans un tel contexte, il apparaît difficile d'analyser en termes de relations contractuelles le lien juridique Administration-usagers[110]. Dans un contexte similaire, Baudouin a souligné que la liberté du contractant est en réalité purement illusoire puisqu'il ne peut se priver d'un service essentiel. Cette constatation le pousse à s'interroger sur le fait que l'on pourrait sortir «du domaine contractuel pour tomber dans celui de l'institution ou du statut» (1983, p. 53). Les conditions de délivrance d'un service de caractère public ne peuvent même pas constituer une offre que l'Administration proposerait en quelque sorte à l'adhésion du public[111]. N'ayant aucun choix pour obtenir un service de nature administrative, les individus sont en réalité placés dans une situation légale et réglementaire[112]. La thèse contractuelle ne permet pas de comprendre la portée et la signification du phénomène de la réglementation administrative dans un contexte où le déséquilibre des parties relève de la caricature. À la suite des recherches les plus récentes, on peut donc faire état de «publicisation» des droits des usagers face à l'État (Lajoie, Molinari et Baudouin, 1983, p. 679).

---

110. En droit administratif français, la thèse contractuelle est rejetée au profit de notions comme celles de taxe et de redevance. Voir notamment Du Bois de Gaudusson, 1977. Pour une critique virulente de la thèse contractuelle, voir Duguit, 1929.

111. Au Québec notamment, la doctrine se réfère volontiers à la notion de contrat d'adhésion, l'une des parties perdant la faculté de libre négociation de son engagement en se voyant imposer d'avance toutes les conditions du contrat, et n'ayant plus comme seule alternative, que le refus de s'engager. Voir en ce sens Azard, 1960, p. 347, qui avoue cependant que «le contrat d'adhésion tend à se rapprocher d'un véritable règlement». De même, Popovici, 1974, p. 173 et Crépeau, 1974, p. 70.

112. Un groupe de recherche de l'Université de Montréal en est venu récemment à la conclusion que le droit aux services de santé et aux services sociaux «tire désormais sa source de la loi et non plus du contrat». Ils font remarquer que «la structure contractuelle n'est techniquement plus utile pour expliquer les relations juridiques puisque, désormais, l'établissement hospitalier ne peut ni refuser l'admission aux soins et services, ni se dispenser de l'exécution des soins et des services médicalement prescrits» (Lajoie, Molinari et Baudouin, 1983, p. 722).

La Cour suprême semble pourtant ignorer cette réalité comme en témoigne l'arrêt *Labrecque*, où le juge Beetz, s'exprimant au nom de ses collègues, affirme que pour qualifier

> un rapport juridique donné en droit public, le juriste de tradition anglo-canadienne doit presque nécessairement accomplir cette fonction avec les concepts et les règles du droit commun à moins que la loi ou la prérogative n'imposent le contraire. ([1980] 2 R.C.S. 1057, p. 1082)

Même si cette affaire porte sur le statut juridique des employés occasionnels dans la Fonction publique du Québec et non pas sur la nature d'une relation prestataire, elle reste néanmoins symptomatique d'une référence trop exclusive aux règles générales du droit commun pour la qualification juridique des rapports Administration-individus[113]. Cette approche est effectivement très discutable. La création d'un régime mieux adapté à la nature des réalités administratives ne veut pas dire pour autant que l'Administration en sortira renforcée au détriment des individus. Il faut simplement reconnaître que tant en droit qu'en fait, la plupart des services et activités de l'Administration se distinguent considérablement du secteur privé. Leur assujettissement pur et simple aux règles du droit commun est donc susceptible de méconnaître plusieurs exigences inhérentes à l'organisation et au fonctionnement du secteur public. Dans cette optique, il faut éviter de privilégier trop exclusivement l'analyse juridique au détriment des éléments de fait qui conditionnent directement une relation de droit. Par exemple, l'approche contractuelle de l'arrêt *Labrecque* est-elle encore admissible si les conditions de travail des employés de la Fonction publique sont déterminées essentiellement par la voie unilatérale du décret, et ce, même si l'acte d'embauche d'un employé de la Fonction publique offre encore les apparences extérieures du contrat?

Dans les rapports entre l'État et l'individu, il existe encore des déséquilibres importants auxquels le droit actuel ne remédie pas. Cette inadaptation est parfois le résultat d'un préjugé trop largement répandu sur l'efficacité du droit civil ou du régime général de droit commun pour protéger adéquatement les administrés. Dans une perspective de rééquilibre des forces en présence, il serait utile d'admettre que l'Administration soit parfois soumise à des régimes plus contraignants par rapport au régime général. Il faut reconnaître que le droit administratif offre pour l'Administration autant d'avantages que de désavantages. En effet, «la dérogation au droit commun ne se fait pas à sens unique, mais dans les deux directions, opposées, du plus et du moins» (Rivero, 1953, p. 289). Dans certains cas, l'intérêt public peut justifier l'existence de quelques prérogatives, tandis qu'à l'inverse, il peut y avoir refus des avantages accordés aux personnes privées. En matière de règles de compétence et de règles procédurales, pour les buts et les fins de l'action administrative, pour la gestion du domaine public, sans omettre les multiples

---

113. Le procureur général du Québec avait notamment invoqué le fait que «les rapports entre l'État et le fonctionnaire ne sont donc pas de nature contractuelle; ils résultent d'un acte unilatéral de puissance publique par lequel l'État nomme le fonctionnaire à son poste en conformité de conditions générales préétablies et lui confère par là un statut qui lui est propre...» (*Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, p. 1080). Il est intéressant de relever au passage cette référence à l'idée de «puissance publique», que le texte anglais traduit imparfaitement par *public authority*, et qui dénote une volonté de clarification du caractère exorbitant de certains moyens d'action à la disposition de l'Administration.

contraintes budgétaires qui limitent sa liberté contractuelle, l'Administration fédérale doit tenir compte de sujétions inconnues en droit privé. Dans cette optique, la spécificité du droit administratif prend dès lors tout son sens pour régir par des régimes d'exception des situations qui échappent manifestement à la «normalité» des rapports privés.

B. Les avantages de régimes spéciaux

Si cette notion de droit d'exception est correctement comprise, les garanties dont disposent les individus face à l'Administration peuvent être notablement renforcées. L'existence de certains régimes spécifiques permettrait de mieux garantir les droits des administrés par des solutions adaptées à leur situation particulière. Ce type de solution semble correspondre à une évolution récente si l'on en juge par l'adoption en 1982 de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*[114]. Dans le même esprit, et pour mieux comprendre la nature des réformes qui pourraient être envisagées, il serait utile d'examiner deux domaines où l'Administration fédérale jouit encore de privilèges liés au régime juridique de la Couronne, soit celui de la responsabilité délictuelle et celui de l'exécution des jugements. Ces deux développements ne constituent que des hypothèses de travail et comme tels, ils ne visent nullement à la formulation de conclusions définitives sur la nature des changements qui pourraient être envisagés. Par ailleurs, pour mieux cerner la dimension contemporaine des relations spéciales entre l'Administration et les individus, il apparaît nécessaire dans un troisième temps de dépasser le domaine strictement contentieux pour s'interroger sur l'intérêt de garanties non contentieuses.

1. L'intérêt d'une meilleure adaptation des règles de responsabilité délictuelle

Avec l'adoption en 1953 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, la maxime «*The King can do no wrong*» ne présente plus qu'une portée réduite. La traditionnelle immunité de la Couronne en la matière n'en subsiste pas moins sur le plan des principes, sous réserve des modifications apportées par la «Loi de 1953» et de l'existence de régimes d'immunités dans des lois particulières[115]. Une réforme globale mieux adaptée à l'évolution du droit contemporain paraît devoir s'imposer. En effet, la complexité et la confusion qui caractérisent la situation actuelle nécessitent l'adoption d'un régime plus simple et plus cohérent[116]. Il apparaît nécessaire aussi qu'un tel régime puisse être mieux adapté

---

114. Cette réforme législative donne suite au rapport 8 de la Commission, intitulé *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada* (C.R.D.C., 1977).

115. Ces immunités sont nombreuses dans les lois fédérales (environ quatre-vingts dispositions différentes). Pour ne donner qu'un seul exemple, la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit, au paragraphe 43(7) une immunité complète pour tout ce qui concerne les navires relevant du Gouvernement canadien ou d'une province.

116. C'est ce qui ressort principalement des diverses conférences prononcées à l'occasion du colloque tenu à Ottawa en septembre 1984 sur la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne. Voir notamment Ouellette, 1985 et Tassé, 1985.

à certains types de dommages ou de faits dommageables pour lesquels il est actuellement difficile d'obtenir compensation. Il faudrait notamment s'interroger sur la possibilité de traiter les demandes plus rapidement et plus simplement. Sur ce point précis, il serait préférable de ne pas s'en remettre uniquement au seul bon vouloir des autorités pour indemniser les victimes de délits et quasi-délits, comme le prévoit le chapitre 525 du *Manuel de la politique administrative du Conseil du Trésor du Canada* :

> lorsque cela semble approprié en tant que geste de bienveillance entièrement gracieux, posé dans l'intérêt du public, le gouvernement peut indemniser un employé ou toute autre personne ... bien que la Couronne ne soit nullement tenue de le faire.

Cette procédure est plus connue sous le nom de paiements *ex gratia*. Elle vise notamment des dommages pour lesquels la «Loi de 1953» ne donne ouverture à aucun recours. Laisser ainsi reposer l'indemnisation sur la seule condescendance des autorités est inadmissible pour un règlement des litiges qui puisse paraître juste. Cette circulaire présente toutefois des avantages dans la perspective d'un règlement à l'amiable pour éviter une instance contentieuse. L'existence d'une pratique informelle de ce type montre qu'il existe effectivement des lacunes auxquelles les autorités administratives ont tenté de remédier. Il faudrait en ce sens étudier les avantages d'une telle pratique pour en retenir éventuellement les principes ou les mécanismes dans ce qui pourrait devenir une véritable réforme de nature législative. En effet, une circulaire ne saurait constituer à elle seule une garantie tangible pouvant permettre l'économie d'une réforme substantielle.

La soumission de l'Administration et de la Couronne à un régime unique de responsabilité peut être envisagée de diverses façons. Dans un premier temps, une extension du droit commun applicable aux personnes de droit privé peut apparaître comme une alternative. Par contre, certains font remarquer qu'«... il existe des situations où les solutions du droit privé sont plus ou moins adéquates» (Côté, 1976, p. 826). De ce sentiment d'inadaptation du régime général à certaines situations spéciales peut naître une approche résolument moderne.

Le principe essentiel proposé dans la «Loi de 1953» est l'assimilation de la responsabilité de la Couronne à celle d'un particulier dans la perspective d'un lien de préposition entre maître (l'Administration responsable de la marche d'un service) et commettant (le subordonné qui agit dans l'exercice de ses fonctions). Il s'agit donc d'un régime de responsabilité reposant sur la notion de faute individuelle. En effet, c'est un individu déterminé, agent ou fonctionnaire, qui doit avoir causé par sa négligence le fait dommageable. La faute commise par une personne morale de droit public apparaît donc comme un fait individualisé relié à l'action ou à l'inaction[117] d'une personne physique déterminée. Cette exigence semble être liée au fait que la Couronne ne peut agir que par mandataires ou préposés. Certains auteurs prétendent d'ailleurs que cette exigence d'individualisation de la faute ne rendrait la Couronne responsable sous l'empire de la «Loi de 1953» que

117. L'admission de recours en dommages-intérêts pour inaction gouvernementale tend à prendre de l'ampleur sans que l'on puisse faire état d'unanimité sur le sujet. Voir notamment Brown et Lemieux, 1979.

si ses activités s'assimilaient à celles d'une personne privée (Ouellette, 1985). La personnalisation du *critère de la faute* est *en effet* conforme aux théories admises par le droit privé en matière de responsabilité, lesquelles ramènent l'existence de la faute à un fait personnel, au fait d'autrui ou au fait d'une chose (Baudouin, 1973; Law, 1982; Lawson et Markesinis, 1982; Linden, 1982). Dans le seul cas de la propriété, de l'occupation, de la possession ou de la garde d'un bien, l'alinéa 3(1)*b*) de la «Loi de 1953» admet le principe de la responsabilité directe de la Couronne.

Cette dépersonnalisation de la notion de faute, admise pour les biens, paraît correspondre mieux à la nature des activités administratives. L'Administration n'est-elle pas justement un tout organique, une institution, un corps organisé, avant même d'être un ensemble d'individus?

En effet, cette référence trop exclusive à l'action directe ou indirecte d'un individu semble largement inadaptée au fonctionnement complexe et anonyme de l'Administration contemporaine. Il est souvent difficile d'établir avec précision l'identité du fonctionnaire qui a commis une faute, celle-ci résultant bien souvent d'un mauvais fonctionnement imputable à un service entier. Il faudrait donc admettre qu'une faute ne puisse être matériellement détachée de l'activité d'un service faute de pouvoir identifier avec précision le ou les agents qui sont à la source du fait dommageable. Dans cette perspective, la faute serait un manquement aux obligations du service : retard, inexécution, faux renseignement (Pelletier, 1982), abstention, défaillance dans l'organisation et le fonctionnement, erreur dans une opération matérielle, adoption d'une décision illégale, agissements illicites, vice d'incompétence. Elle devrait être appréciée objectivement par référence au fonctionnement normal d'une Administration moderne. Si c'est un service qui a mal fonctionné dans son ensemble, il n'est guère utile de chercher à identifier nominalement un fonctionnaire déterminé.

> On peut dire que le plus souvent un accident est le résultat occasionnel, aléatoire, du processus d'ensemble du travail, que tous ceux qui en sont partie prenante se trouvent par le fait impliqués dans son apparition et par conséquent, dans la compensation du préjudice occasionné. Qu'il n'y a donc pas à rechercher un coupable individuel, sauf cas exceptionnels et flagrants de malignité ou de négligence caractérisées[118]. (Donzelot, 1984, p. 131)

Une telle réforme ne serait pas une nouveauté complète, puisque de toute façon, dans le régime actuel, c'est l'Administration qui est responsable en dernier ressort pour la faute de ses préposés. En toute logique, cette évolution historique entreprise avec la «Loi de 1953» devrait être menée à terme en admettant directement la responsabilité de la seule Administration. Dans cette optique, la responsabilité personnelle de l'agent devrait être limitée aux cas où il agit en dehors de l'exercice de ses fonctions, ou, s'il a effectivement respecté le cadre de ses attributions, a violé directement et intentionnellement

---

118. Dans ses réflexions consacrées aux conséquences juridiques des informations erronées fournies par l'Administration, Pelletier s'interroge justement sur la possibilité de «conclure à la faute de l'Administration publique dès qu'il est possible de faire la preuve objective d'un mauvais fonctionnement au sein d'un service public» (1982, p. 403).

les obligations de sa fonction. Rien ne s'oppose cependant à l'admission du cumul des responsabilités, l'Administration et le fonctionnaire étant solidairement responsables de leurs fautes respectives.

Un tel changement permettrait de simplifier les recours en responsabilité contre l'Administration et augmenterait les garanties en faveur des administrés. De plus, il serait adapté à la nature technique et impersonnelle de l'Administration contemporaine[119]. Un fait d'actualité offre opportunément la possibilité d'attirer l'attention sur les avantages que l'on peut espérer en retirer[120]. Plusieurs entreprises du Québec et du Nouveau-Brunswick, impliquées dans la production et la commercialisation de pommes de terre, ont récemment allégué avoir subi de lourds dommages par suite d'une erreur du ministère de l'Agriculture. Après l'obtention d'un certificat de qualité émanant de ce Ministère, ces entreprises avaient mis au point un ambitieux programme de mise en marché d'un nouveau type de pomme de terre. Cette dernière aurait été rigoureusement examinée par les inspecteurs d'Agriculture Canada, ceux-ci n'hésitant pas à confirmer publiquement sa qualité et sa supériorité. Les entreprises en question ont pu recueillir les récoltes des étés 1980 et 1981. Toutefois, à l'automne 1981, Agriculture Canada les aurait informées que le tubercule était déclassé «parce qu'il comportait une maladie révélant une flétrissure bactérienne qui le rendait impropre à la culture de semences de pommes de terre». Par suite des déclarations et compte-rendus publiés dans les journaux, certaines de ces entreprises auraient fermé leurs portes, tandis que d'autres auraient subi de graves pertes financières et des dommages à leur réputation de fournisseurs. Elles ont pourtant demandé à Agriculture Canada de bien réviser sa décision, et ce, à plusieurs reprises. Finalement, le Ministère aurait admis bien après les difficultés financières de ces entreprises «que la pomme de terre en cause n'était pas porteuse de maladie et n'était vraisemblablement pas celle qui aurait été retrouvée affectée de la flétrissure bactérienne».

Même en prenant pour avérés les faits allégués, la preuve d'une faute imputable à un employé du Ministère risque d'être longue et complexe. Les services et fonctionnaires impliqués dans le fonctionnement d'Agriculture Canada représentent un écheveau difficile à démêler. Si, par hypothèse, une faute peut être réellement attribuée à Agriculture Canada, à quoi sert-il de passer au crible tout le fonctionnement de cette structure pour trouver le coupable? La faute découle bien souvent de tout un service et il est dès lors inutile de rechercher si c'est un technicien de laboratoire qui l'a commise, ou encore, un inspecteur, un adjoint administratif, un expert-conseil, un analyste ou un commissaire. Bien plus, la décision fautive est dans certains cas difficilement attribuable à une personne

---

119. Déjà, sur le plan des principes, le régime actuel exprime confusément l'idée que les activités administratives sont difficilement assimilables au régime général du droit commun. Comme le note Dussault à propos du régime actuel, «la structure complexe de l'Administration, tant fédérale que québécoise, et la nature de son activité, souvent différente de celle des individus, ont empêché l'application intégrale du régime de responsabilité de droit privé à la sanction de l'activité fautive et dommageable de l'État» (1974, p. 1434).

120. Dans un article paru dans *Le Devoir* du 7 avril 1983, il est fait état de poursuites de 8,7 millions de dollars contre Agriculture Canada. Même si cette affaire est désormais *sub judice*, nous pouvons l'utiliser comme exemple sans préjuger aucunement de l'issue quant au fond.

déterminée. Le partage des responsabilités et la participation de plusieurs niveaux hiérarchiques à la prise de décision excluent souvent l'individualisation de la faute. La prise de décision représente dans bien des cas l'aboutissement d'un long processus interne où plusieurs employés sont impliqués. Attribuer la faute à l'un plutôt qu'à l'autre ne représente à la limite aucun intérêt. Dans une perspective de réforme, il faudrait donc s'interroger sur les avantages que peut présenter le simple constat d'une faute, laquelle ne serait attribuable qu'au seul fonctionnement d'un service.

Cette conscience de la spécificité de l'action administrative pourrait conduire éventuellement à d'autres réformes importantes. En ce sens, il faudrait évaluer l'intérêt d'accorder une place plus significative à l'idée de responsabilité sans faute basée sur la notion de risque. En effet, plusieurs activités administratives sont d'une ampleur et d'une importance exorbitantes en comparaison des travaux de nature privée. Il suffit d'évoquer le phénomène des «grands ouvrages» : lignes de gazoducs et pipelines, barrages hydro-électriques, centrales nucléaires, lignes de transmission, routes et voies ferrées, aéroports, ponts, installations portuaires et écluses, etc. Parmi ces activités «hors série», il ne faut pas omettre non plus l'expérimentation scientifique et tout ce qui touche le fonctionnement de l'armée. Pour les différentes phases de construction et de fonctionnement de ces ouvrages, il est possible, sans exagération, de constater leur caractère spécial et «anormal». Leur importance même est génératrice de risques. Sans que l'on puisse reprocher une quelconque faute ou négligence à l'Administration, elles peuvent causer objectivement des dommages parce qu'elles représentent des activités dangereuses ou parce qu'elles dépassent les relations normales de voisinage[121]. Par exemple, le percement d'un tunnel urbain peut ébranler et fissurer les immeubles de tout un quartier. En pareil cas, on pourrait prévoir un régime d'indemnité basé sur l'idée de risque fortuit plutôt que de rechercher une faute de l'Administration dans la quantité d'explosifs utilisés ou dans l'analyse de la structure géologique du terrain. Dans un tel régime, il s'agirait de reconnaître que l'État exerce des activités qui font naître des risques «hors série».

La théorie du risque a pour fondement l'idée qu'une activité qui a créé pour autrui un risque, rend responsable l'auteur du dommage qui se produit sans chercher à se demander s'il y a eu effectivement faute de sa part[122]. Un lien direct de cause à effet est établi entre le dommage et l'activité en cause. Il s'agit d'un régime de responsabilité objective qui est «d'application pratique plus facile et moins onéreuse pour la victime du dommage, dispensée de faire la preuve d'une faute» (Nadeau, 1971, p. 44). Cette théorie a été reconnue dans les faits par la création de régimes législatifs visant à indemniser les victimes d'accidents du travail et d'accidents d'automobile (Baudouin, 1973, p. 46; Garant, 1985, p. 886). Il y a d'ailleurs un élément de justice sociale à ne pas faire supporter à la victime la charge d'un accident anonyme. Une meilleure compréhension

121. Pelletier observe en ce sens «que la notion civiliste de faute est trop étroite pour couvrir toutes les possibilités de faute dans le secteur public» car «l'État moderne étend son intervention à des secteurs d'activités qui diffèrent de plus en plus de celles des particuliers» (1982, p. 364).

122. Nadeau, 1971, p. 43. En common law, cette théorie existe également pour certains types de dommages donnant ouverture à la *Strict Liability*. L'arrêt de principe en est *Rylands* v. *Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330. Voir notamment les réflexions de Linden, 1977.

de la notion de travaux publics pourrait accorder une plus grande place à cette idée de responsabilité sans faute pour accroître les garanties des administrés. L'Administration serait ainsi tenue d'indemniser les individus pour les risques exceptionnels auxquels ils sont exposés par suite d'un dommage susceptible de survenir sans manquement à une obligation déterminée.

En leur état actuel, le droit civil et le common law n'accordent qu'une place très limitée à la notion de responsabilité sans faute. Malgré tout, les tribunaux ont dû parfois recourir à cette théorie pour éviter des injustices. Tel fut le cas dans une affaire québécoise où un enfant avait été la victime d'une encéphalite virale aux conséquences désastreuses suite à une vaccination effectuée par une infirmière publique dans le cadre d'un programme d'immunisation administré par l'État. La Cour supérieure (renversée en Cour d'appel) a invoqué la notion de responsabilité sans faute découlant d'un état de nécessité par application de l'article 1057 du *Code civil*[123]. Le juge a notamment précisé que dans le cas d'une vaccination nécessaire où la collectivité peut retirer de nombreux avantages économiques, il n'est que normal que celle-ci ait à supporter les risques inhérents à ce genre d'opération. L'affaire *Manitoba Fisheries Ltd.* de la Cour suprême semble également procéder du même esprit. Comme la *Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce* reconnaissait au profit d'un office fédéral le droit exclusif d'exporter du poisson hors du Manitoba, les juges ont accepté d'indemniser l'appelante qui s'était vue priver de son achalandage par suite de l'entrée en vigueur de cette loi. Le raisonnement du tribunal reposait sur le principe que le Gouvernement ne pouvait prendre possession d'un bien sans verser d'indemnité (par analogie avec les mécanismes compensatoires de l'expropriation), ce qui équivalait dans les faits à reconnaître un type de responsabilité où la notion de faute n'apparaît pas. Même si de tels arrêts restent encore assez marginaux, le juge tend donc à aborder dans un esprit nouveau le problème de la responsabilité délictuelle de l'État.

À la lumière de ces exemples, il apparaît clairement qu'il existe des risques fortuits inhérents au fonctionnement normal de toute Administration moderne. Tant la notion de responsabilité individuelle que celle de faute semblent singulièrement inadaptées pour compenser correctement les victimes de certains dommages survenus dans l'accomplissement d'activités administratives. Dans la mesure où ces dommages surviennent dans le cours d'opérations qui ont pour fin l'intérêt général, il serait possible d'invoquer des exigences de justice pour ne pas pénaliser indûment un seul individu au profit de toute la collectivité. Dans cette optique, il est nécessaire d'examiner sérieusement la possibilité de mener cette évolution à son aboutissement logique. Si la notion de faute individualisée ne répond plus correctement aux dimensions nouvelles du fonctionnement de l'État, l'instauration d'un régime compensatoire universel, comme il en existe depuis longtemps en matière d'accidents de travail, doit être envisagée attentivement pour les dommages survenus dans le cadre d'une activité administrative fédérale. Il s'agit d'une problématique qui relève tout naturellement du droit administratif puisqu'elle impliquerait sans doute la

123. La Cour suprême a récemment confirmé le verdict de la Cour d'appel : *Lapierre* c. *Le Procureur général de la province de Québec*, 4 avril 1985, n° 18141).

création d'un régime spécial où l'on retrouverait de nombreux mécanismes de droit public. Les avantages de la technique assurantielle pourraient trouver ainsi de nouvelles applications pour remédier aux coûts et aux lenteurs du système actuel. Une innovation de ce type mérite que l'on y réfléchisse sérieusement puisqu'elle permettrait de couvrir de nombreux dommages, y compris ceux que l'exercice de la prérogative royale prive de toute indemnisation. Puisque l'État-Service est avant tout un instrument de transformation du social, sa responsabilité délictuelle devrait obéir aussi à des finalités du même type par la compensation rapide et peu coûteuse de dommages survenus dans la promotion du mieux-être de la collectivité.

Peu importe en définitive les modalités précises de ce changement, car avant même des considérations de cette nature, c'est la nécessité d'une réévaluation en profondeur qui s'impose de plus en plus à l'attention de la communauté juridique. Comme le signalait récemment Ouellette :

> le temps est sans doute venu de procéder à une réflexion approfondie sur le fondement de la responsabilité de l'administration, et d'élaborer un régime complet et cohérent de responsabilité publique ... dans une perspective de justice sociale, et offrant des solutions nuancées et équilibrées aux problèmes de la responsabilité de la Couronne et de la responsabilité personnelle des agents publics. (1985, p. 66)

2. Les incertitudes relatives à l'exécution des jugements

Cet élargissement des règles habituelles de la responsabilité ne saurait être complet sans une modernisation des règles relatives à l'exécution des jugements. C'est une chose de pouvoir obtenir un jugement condamnant l'Administration, encore faut-il être en mesure de le faire exécuter. Dans ce domaine, l'Administration qui est associée au régime de la Couronne bénéficie d'une immunité beaucoup plus étendue qu'en matière de responsabilité. Le paragraphe 17(1) de la «Loi de 1953» dispose qu'«[a]ucune mesure d'exécution forcée ne peut être prise sur un jugement rendu contre la Couronne» (voir, *supra*, note 115). De plus, l'article 6 précise que «[r]ien dans la présente loi n'autorise des procédures *in rem* relativement à une réclamation contre la Couronne, ni la saisie, détention ou vente d'un navire, d'un aéronef, d'un chargement ou d'autres biens appartenant à la Couronne ...». Ces dispositions ont été renforcées par le paragraphe 56(5) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui précise qu'«[u]n jugement rendu par la Cour contre la Couronne n'est pas un jugement exécutoire». Ce privilège de non-exécution vise explicitement les cas d'exécution forcée ou d'exécution en nature. Il est renforcé indirectement par le paragraphe 17(2) de la «Loi de 1953» qui laisse en définitive l'exécution d'un jugement au seul bon vouloir de l'Administration[124]. En droit public canadien, l'exécution d'un jugement contre l'Administration reste, en théorie, quelque chose de très aléatoire même si les autorités se conforment généralement aux ordres des tribunaux. En ce moment, il est encore très difficile d'obtenir des informations précises sur la conduite de l'Administration fédérale

124. Il énonce en effet que «[s]ur réception d'un certificat de jugement contre la Couronne ... le ministre des Finances peut autoriser le paiement ...».

en matière d'exécution des jugements. Même si par hypothèse cette conduite pourrait être jugée positive, il serait utile de transposer en termes de loi ce qui n'est encore que de la bonne volonté exprimée par voie de circulaire (voir, *supra*, p. 67).

Dans une perspective théorique, le phénomène de l'inexécution des jugements est en fait beaucoup plus complexe. Sans refuser purement et simplement d'exécuter un jugement, l'Administration peut riposter de diverses façons au verdict d'un juge. Elle a notamment la possibilité de recourir à la régularisation, soit par la reprise de l'acte annulé, soit par le procédé de la validation législative. De plus, à la faveur de procédures dilatoires, elle peut modifier unilatéralement la situation litigieuse de façon à rendre le jugement final sans effet. Ce problème de la «révision administrative» des jugements soulève de plus en plus l'intérêt de la doctrine qui cite de nombreux exemples tant en Grande-Bretagne qu'en France (Braibant, 1961; Harlow, 1976). Dans le cas précis du Canada, il est permis de soupçonner que des pratiques similaires existent ou aient pu exister (Lemieux, 1981, p. 160). Un arrêt récent de la Cour fédérale relatif à l'affaire des expropriés de Mirabel le prouve avec éclat (*C.I.A.C.* c. *La Reine*).

En contrepartie, les administrés ne disposent que de faibles moyens pour répliquer. Parmi les remèdes passifs, ils peuvent toujours chercher à invoquer l'autorité de la chose jugée ou encore utiliser un jugement déclaratoire. Au niveau de la contestation active, ils ont la possibilité de recourir à l'outrage au tribunal ou encore à l'injonction mandatoire ou prohibitive, l'issue d'un tel recours pouvant être assez aléatoire en l'état actuel du droit. Ce dernier moyen montre à quel point le maintien de l'immunité actuelle sur l'exécution des jugements est incohérent. Dans la mesure où les tribunaux acceptent de plus en plus d'émettre des injonctions contre la Couronne[125], comment justifier le refus de toute contrainte dans l'exécution des jugements?

Pour corriger cette situation, un réajustement semble donc s'imposer. Mais là aussi, le problème de l'assujettissement au régime général se pose avec la même acuité. En effet, certaines procédures semblent par nature difficilement applicables à l'Administration. Par exemple, l'admission récente du principe de la saisie-arrêt contre la Couronne (*Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*) n'apparaît pas véritablement comme un changement majeur par suite de l'énoncé de multiples privilèges procéduraux en faveur de la Couronne. L'article 18 dispose en effet qu'un «jugement rendu contre Sa Majesté à la suite d'une saisie-arrêt pratiquée sous le régime de la présente partie n'est pas susceptible d'exécution forcée». De même, d'autres dispositions prévoient des délais spéciaux ou des formalités particulières en faveur de la Couronne. De façon un peu paradoxale, la suppression d'une immunité en matière d'exécution ne peut se faire que moyennant un rappel du caractère exorbitant et distinct du statut juridique de la Couronne. Malgré son importance et son intérêt, cette réforme n'est pas pleinement satisfaisante

125. Strayer, 1964; Pépin et Ouellette, 1982, p. 361. Voir également *Société Asbestos Ltée* c. *Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342; *Bourgault* c. *Société centrale d'hypothèques et de logement*, [1978] C.S. 501; *Association espaces verts du Mont-Rigaud* c. *L'honorable Victor Goldbloom*, [1976] C.S. 293; *Le Conseil des ports nationaux* v. *Langelier*, [1969] R.C.S. 60.

dans la mesure où les administrés risquent encore de se buter à des règles et immunités spéciales pour faire valoir ce nouveau droit. Il semblerait préférable de reformuler dans un sens moderne l'ensemble des règles d'exécution forcée contre la Couronne et les autorités administratives qui lui sont associées. Si le principe de la saisie-arrêt a été admis, comment dès lors justifier le maintien des autres immunités dans ce domaine?

Le caractère limité des changements introduits par cette nouvelle loi sur la saisie-arrêt n'est pas l'effet du hasard. En effet, c'est en matière d'exécution forcée et d'exécution en nature que s'ancre le plus la conviction du caractère forcément distinct de la Couronne. Par exemple, la saisie-exécution immobilière offre des difficultés pratiques considérables en plus de violer directement le principe d'inaliénabilité du domaine public affecté à des fins d'intérêt général. Même dans une perspective plus moderne, on ne peut que s'interroger sur l'opportunité de soumettre la Couronne et plusieurs autorités administratives à l'exécution forcée. Dans la mesure où leurs biens de toute nature appartiennent en dernier ressort à toute la collectivité, l'intérêt d'un seul, fût-il juste, peut-il prévaloir sur l'intérêt public et le bon fonctionnement de l'Administration? La saisie des biens mobiliers de l'Administration pourrait paralyser un service entier. Par ricochet, l'interruption dans le fonctionnement du service public pourrait porter préjudice à d'autres administrés.

Compte tenu de ces difficultés, il apparaît peu souhaitable d'assujettir purement et simplement l'Administration aux règles traditionnelles du droit privé gouvernant l'exécution des jugements. Il faudrait donc songer à la création d'un régime spécifique empreint de simplicité. Il faudrait éviter que les administrés soient obligés de former de nouveaux recours avec toute la lourdeur et les frais que cela peut représenter. En comparaison de la panoplie habituelle des moyens d'exécution forcée, on pourrait songer à innover par un autre type de moyen coercitif. À titre d'exemple, moyennant une procédure très simple en vue d'obtenir un mandat exécutoire de plein droit sur le fonds du revenu consolidé, l'Administration ou, pourquoi pas, le Ministre responsable, pourrait être condamné à payer un montant forfaitaire pour chaque jour de retard dans l'exécution du jugement. Ce remède serait particulièrement indiqué dans l'hypothèse où l'Administration refuserait de se conformer à un jugement l'obligeant à faire ou à ne pas faire. Dans le cas des simples condamnations pécuniaires, le jugement pourrait être exécutoire de plein droit. Dans cette perspective, les initiatives étrangères pourraient offrir des voies intéressantes à explorer pour inventorier de nouvelles solutions.

À cet égard, la réforme accomplie en France par la loi du 16 juillet 1980 (Baraduc-Bénabent, 1981; Linotte, 1981; Tercinet, 1981) offre un intérêt indéniable puisque, avant cette date, ce pays connaissait une situation comparable à celle qui prévaut actuellement au Canada. De même, la Californie semble se diriger vers une réforme importante dans ce domaine si l'on en juge par les recommandations récentes de la Commission de révision du droit de cet État (California Law Revision Commission, 1980). Un regard attentif devrait aussi être jeté sur les autres pays anglo-saxons, bien que pour le moment, rien ne laisse présumer l'existence de réformes sur ce sujet.

3. Le besoin de garanties non contentieuses

Un grand nombre de privilèges et immunités dont bénéficie l'Administration par l'entremise de la Couronne ont uniquement une fonction contentieuse. L'expression *Crown Proceedings* se rapporte d'ailleurs à des règles spéciales applicables devant les tribunaux. Il y a donc un danger réel que cette recherche soit piégée par une conception strictement contentieuse liée au régime juridique de la Couronne.

Une amélioration des rapports Administration-individus ne devrait pas se limiter à un simple accroissement de garanties contentieuses. Le contrôle judiciaire ne s'applique qu'à la portion congrue des relations globales qu'entretient l'Administration avec les individus. L'essentiel de ces relations se situe en effet dans une perspective non contentieuse, notamment lorsque les administrés sollicitent une aide financière sous forme de bourses, de prêts ou de subventions, et bien davantage encore, pour les demandes d'autorisation sous forme de permis, de licences, de brevets. De même, la croissance considérable du volume des prestations fournies par l'Administration permet de comprendre que ces relations sont intenses en dehors de toute considération contentieuse. Des régimes spéciaux adaptés à la nature particulière de ces relations pourraient accroître les droits et garanties des administrés[126]. La motivation obligatoire des décisions administratives à portée individuelle en est un bon exemple. Il s'agit en effet d'un régime spécifique propre au droit administratif qui a pour but d'obliger l'Administration à divulguer les éléments de fait et de droit qui ont motivé ses décisions.

Sans présumer des orientations futures de la recherche sur la responsabilité délictuelle de l'Administration, il faut noter que ce domaine offre également des perspectives intéressantes pour des droits de nature non contentieuse. Le *Federal Tort Claims Act* américain accorde une place importante à des moyens qui ont pour but de favoriser une entente à l'amiable. Ces moyens précèdent l'introduction de l'instance contentieuse, laquelle n'est permise qu'après échec des tractations entre l'Administration responsable d'un dommage et l'individu lésé. C'est par la présentation d'un recours administratif auprès de l'Administration concernée que l'admininistré peut ainsi espérer sauver du temps et de l'argent pour faire valoir le bien-fondé de sa réclamation. L'Administration peut aussi y trouver son compte pour parvenir à un règlement à l'amiable du litige. Les avantages de ce procédé sembleraient très intéressants pour les réclamations limitées à de petits montants[127]. Malgré le caractère conflictuel des intérêts en présence, une procédure non contentieuse assortie de règles et garanties minimales pourrait donc procurer une plus grande satisfaction qu'un recours direct aux tribunaux.

L'évolution récente du droit administratif nous révèle que cette idée de garanties non contentieuses progresse constamment. La *Loi sur l'accès à l'information* en constitue sans doute la meilleure illustration. Dans une optique de droits nouveaux en faveur des

---

126. Dans d'autres disciplines du droit, un intérêt croissant tend à apparaître pour diverses solutions de règlement non contentieux des litiges. Pour les différends entre consommateurs et commerçants, voir notamment Laboratoire de recherche sur la Justice administrative, 1982, p. 309 à 416. Pour le droit pénal, voir également C.R.D.C., 1975.

127. La loi américaine n'impose aucune limite pour le montant de ces réclamations.

administrés, ce texte consacre les principes de «transparence administrative», de «publicité des documents officiels», «d'accès aux documents administratifs». Du même souffle, l'article 3 de la partie introductive abroge l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*, article qui consacrait la règle du secret administratif devant les tribunaux sur présentation d'un simple affidavit de la part d'un Ministre de la Couronne. Les règles régissant la divulgation de ces documents devant les tribunaux sont désormais remplacées par celles, de portée plus générale, contenues dans la nouvelle loi et par les articles 36.1 à 36.3 de la *Loi sur la preuve*[128]. Il n'est plus question du régime juridique de la Couronne, mais d'un régime nouveau favorable aux administrés, qui peuvent exercer leurs droits contre toute l'Administration fédérale sans la distinction habituelle entre cette dernière et la Couronne. Dans le premier article de la partie introductive, il est bien fait état «de l'administration fédérale», ce qui est révélateur d'une nouvelle conception des institutions fédérales. Par le jeu des réformes et des événements, la Couronne ne peut que se confondre progressivement avec l'Administration toute entière pour être englobée dans la dialectique nouvelle des rapports Administration-administrés. Il s'agit en somme d'une évolution rapide qui apparaît inévitable dans le contexte actuel.

III. Conclusion

En mettant en opposition des intérêts divergents, cette problématique laissait entrevoir au départ que des exigences différentes seraient peut-être difficilement conciliables. La première était liée à la nature libérale du régime politique et juridique du Canada, ce régime étant particulièrement favorable à la protection des droits et libertés individuels. La seconde découlait des modifications profondes de la fonction administrative. Ce qu'on attend de nos jours de l'Administration ne justifie-t-il pas l'existence de privilèges et de régimes spéciaux pour tenir compte de la complexité de ses activités? En apparence, il semblait y avoir paradoxe.

Cette double nature de l'État n'est pas forcément contradictoire. L'État libéral n'exclut pas l'État planificateur, voué à la délivrance de prestations et de services. Un régime libéral de droits et de garanties n'est pas en soi un obstacle à l'exercice de la fonction prestataire. Leur conciliation s'effectue notamment par la subordination des interventions étatiques à quelques principes jugés essentiels. La fonction instrumentale de l'Administration peut donc se développer sans entrer en contradiction avec le libéralisme des institutions.

Contrastant avec l'apparent déclin du régime juridique de la Couronne, les fonctions exécutive et administrative ont connu un essor considérable qui oblige à concilier leur spécificité propre avec le besoin d'accroître les garanties reconnues aux administrés. Ce

128. En vertu de ces nouvelles dispositions, toute personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal pour des raisons d'intérêt public. Le tribunal peut passer outre à une opposition de cette nature, sauf en ce qui concerne «un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada».

renouveau est d'autant plus indiqué que certains privilèges attribués traditionnellement à la Couronne ne sont pas forcément essentiels pour l'accomplissement des diverses missions de l'Administration. Il faut donc s'orienter vers une réévaluation des privilèges existants pour favoriser un retour au droit général, ou encore, si les circonstances l'exigent, un régime distinct adapté à l'originalité des activités administratives. Une telle orientation faciliterait un examen critique de la situation actuelle tout en laissant le maximum de liberté dans l'appréciation de nouvelles solutions.

Le cadre ancien et étroit du statut juridique de la Couronne ne peut donc servir à empêcher l'apparition de multiples garanties favorables aux administrés. Cet élargissement à des droits nouveaux ne représente aucunement une dénaturation du traditionnel régime de la Couronne, ou du moins de la manière de le concevoir, puisque leur reconnaissance serait liée éventuellement à l'abandon de la notion de Couronne comme concept opératoire en droit administratif. Si cette notion disparaît dans une perspective d'unification du droit applicable à l'Administration fédérale, il ne fait dès lors aucun doute que des régimes entièrement nouveaux peuvent être créés ...

CHAPITRE TROIS

Conclusion générale et recommandations

Même si l'objectif premier de ce document n'est pas de formuler des recommandations concrètes de changement, il n'en propose pas moins certaines modifications importantes. Il fait notamment appel à un changement des mentalités. Ses divers développements ont surtout pour objectif de stimuler la réflexion sur ce problème du statut juridique de l'Administration fédérale en indiquant quelques voies nouvelles dans lesquelles un processus de réforme pourrait s'engager. La principale fonction de ce texte est de réactualiser une branche du droit administratif souvent négligée. En recherchant une approche plus moderne, il essaie de faire prendre conscience des insuffisances et des lacunes de la situation actuelle.

Pour atteindre ces objectifs de sensibilisation et de renouveau, deux points fondamentaux ont été abordés. À l'idée d'incohérence structurelle contenue dans le premier chapitre, fait suite dans le second, celle de situation juridique originale pour les parties en présence, Administration et individus.

Davantage descriptif, le premier chapitre a été limité à l'évocation des incohérences internes propres à l'Administration fédérale sans référence explicite aux administrés. Il essaie notamment de clarifier certaines ambiguïtés inhérentes à la notion de Couronne et les conséquences qui en découlent pour le statut juridique de l'Administration fédérale. Pour une part importante, les difficultés actuelles sont liées au poids de la tradition historique. L'analyse de certains faits et principes fondamentaux de l'évolution du droit public en Grande-Bretagne montre l'importance centrale de la Couronne au sein des institutions britanniques, laquelle aboutit à l'existence de curieux paradoxes. Compte tenu de la survie du principe unitaire, la Couronne se trouve plus ou moins associée à toutes les institutions et fonctions de l'État, ce qui ne facilite pas la compréhension du rôle de cette institution pour les fins du droit administratif. De même, cette dépendance relationnelle de toutes les composantes de l'État apparaît comme un obstacle important pour une définition précise de la notion de Couronne.

Comme ce déterminisme historique ne peut tout expliquer, ce chapitre montre que d'autres facteurs plus proprement canadiens entrent aussi en ligne de compte. Aux problèmes inhérents à tout système issu de la tradition britannique du droit public, viennent se superposer des complications propres au Canada. Contrairement à la Grande-Bretagne, ce dernier est doté d'une structure fédérale et ses institutions administratives ont été notablement influencées par celles des États-Unis. Le fédéralisme est ainsi à l'origine de difficultés supplémentaires puisqu'il existe au Canada onze couronnes distinctes, lesquelles

n'en forment pas moins une seule entité en vertu du principe de l'indivisibilité de la Couronne. Quant aux institutions administratives, elles apparaissent singulièrement morcelées par suite du recours aux organismes administratifs autonomes pour des fins proprement administratives par opposition aux entreprises publiques, davantage réservées à des fins de gestion industrielle et commerciale. Certaines parties de l'Administration fédérale bénéficient en tout ou en partie du régime spécial reconnu à la Couronne, pendant que d'autres composantes en sont dépourvues. Le statut juridique de cette Administration est donc dualiste, et oblige souvent à résoudre différemment des situations apparemment analogues. Cette différenciation invite à considérér sérieusement des solutions homogènes pour régler certaines difficultés rencontrées à l'échelle de toute l'Administration fédérale. Cette perspective nouvelle est renforcée par le fait que le régime juridique de la Couronne n'est pas intrinsèquement plus clair ou plus cohérent que celui de l'Administration en général.

Une réévaluation de ce type apparaît d'autant plus justifiée, que dans le cadre du système actuel, c'est l'Administration qui se révèle la plus avantagée par les privilèges et immunités de la Couronne. En continuant de faire référence à la Couronne, le droit rend très confuse la perception de certaines réalités contemporaines et ne permet pas de comprendre le rôle et la signification de ces privilèges en droit administratif. L'analyse montre qu'en réalité, l'Administration et le Gouvernement bénéficient par le biais du statut juridique de la Couronne d'un régime exorbitant de droit public dont l'origine féodale ne correspond guère à la réalité complexe du Canada contemporain. Probablement influencée par la rédaction des textes constitutionnels, la doctrine n'a pas insisté suffisamment sur ce phénomène. De même, l'existence de facteurs plus subjectifs liés à la notion de Couronne a contribué à occulter le sens réel de cette institution en droit administratif.

Le deuxième chapitre, plus novateur, est apparu rapidement indispensable. En effet, il ne suffit pas de connaître les lacunes et incohérences propres à l'organisation et aux structures de l'Administration. Encore faut-il être en mesure de déterminer les éléments qui peuvent justifier une réforme, laquelle n'apparaît pas nécessairement à la seule lumière d'un exposé traditionnel sur l'état du droit. Il s'agit désormais d'envisager l'Administration dans son fonctionnement externe, lequel se matérialise par de multiples relations avec les administrés. Tout est fonction de la situation réciproque des deux parties en présence, Administration et individus, lesquels ne disposent pas en droit d'un statut identique. Ce chapitre propose donc une problématique de changement qui repose sur un constat fondamental. Contrairement au droit privé où les différents acteurs jouissent en principe des mêmes droits et obligations, le droit public, et plus spécialement le droit administratif, reposent sur une relation inégalitaire, la Couronne, le Gouvernement, l'Administration faisant l'objet de multiples règles particulières. Et comment pourrait-il en être autrement, dans la mesure où les autorités publiques accomplissent généralement des fonctions qui, par nature, ne se rencontrent pas dans les rapports de droit privé? D'où l'existence d'une situation originale où l'on rencontre deux catégories de sujets de droit nettement distincts, autorités administratives d'une part, et administrés d'autre part.

Dans une première section, le lecteur est sensibilisé à l'existence de conditions favorables au renforcement des droits des administrés : exigences du principe de légalité, orientations de la *Charte canadienne des droits et libertés*, vulnérabilité des administrés et insuffisances du contrôle judiciaire. Premièrement, le principe de légalité impose des limites fondamentales en matière de droit applicable à la Couronne, notamment par l'exclusion de pouvoirs autonomes et par l'idée de caractère raisonnable. Deuxièmement, la Charte apporte des éléments nouveaux d'une importance considérable. La rédaction générale de ce texte renforce la prépondérance des droits individuels. Fait plus significatif, la codification à l'article 15 du principe d'égalité devant la loi semble procéder d'une philosophie qui rend vraisemblable la recherche de rapports mieux équilibrés entre l'État et les individus. Troisièmement, ce besoin d'équilibre est directement renforcé par une étude davantage sociale de la position matérielle des individus face à l'État et par l'évaluation de certaines transformations de la fonction administrative. Dans la mesure où le droit s'efforce de reconnaître des garanties nouvelles en faveur des administrés, tel le droit à la communication des documents administratifs, certains privilèges spéciaux reconnus aux autorités publiques par le jeu du régime juridique de la Couronne peuvent, sans trop de difficultés, apparaître comme étant anachroniques. Comme dans le premier chapitre, c'est l'évolution générale du droit contemporain qui remet en cause le statut privilégié de la Couronne. Finalement, la nature et l'étendue du contrôle judiciaire peuvent servir d'arguments pour renforcer les droits des individus. En effet, ce contrôle n'a pas réussi jusqu'à maintenant à modifier substantiellement les privilèges et immunités de la Couronne. Même si des progrès ont pu être enregistrés ici et là, cet examen critique n'a été fait jusqu'ici qu'en ordre dispersé au détriment de toute solution d'ensemble. Le document prend bien soin de préciser qu'il ne sert à rien d'incriminer le juge, puisqu'une réforme de cette importance et de cette envergure revient normalement au législateur.

Comme pour apporter un contrepoids aux constatations de la première section, la seconde met un accent particulier sur la spécificité de l'action administrative. L'Administration exerce de multiples fonctions originales qui n'ont aucun équivalent dans les rapports de droit privé, notamment en matière d'action unilatérale et de police administrative. De plus, l'utilisation des concepts du droit privé paraît peu adéquate pour qualifier correctement la nature des relations qui s'établissent entre l'Administration et ses usagers, notamment en matière de prestations. Cette reconnaissance de la nature spéciale de l'action administrative permet d'obtenir une analyse beaucoup plus critique de la situation particulière des parties en présence et révèle du même coup que des régimes spéciaux peuvent être beaucoup plus aptes à tenir compte de leurs intérêts respectifs. Pour illustrer ce point, le document montre, à titre d'exemple, l'intérêt d'une meilleure adaptation de certains régimes à cette complexité et à ce particularisme inhérents aux relations États-individus. C'est ainsi qu'en matière de responsabilité délictuelle, l'assimilation pure et simple au régime général du droit privé pourrait nuire considérablement au renforcement des droits des individus tout en méconnaissant la nature particulière des activités administratives. De même, en matière d'exécution des jugements, l'immunité dont jouit actuellement la Couronne peut difficilement être remplacée par un recours direct aux règles ordinaires du droit privé gouvernant les voies d'exécution forcée. Encore ici, des solutions intermédiaires ou plus nuancées méritent d'être étudiées sérieusement.

Enfin, comme ce document a pour objet le statut juridique de l'Administration fédérale, le dernier développement du deuxième chapitre prévient le lecteur qu'une réforme limitée aux seuls privilèges et immunités de la Couronne ne saurait suffire puisque ces derniers ne peuvent à eux seuls incarner tous les problèmes relatifs au statut de l'Administration fédérale. Un dépassement de la situation actuelle paraît donc nécessaire, ne serait-ce que pour promouvoir des garanties non contentieuses en faveur des administrés, lesquelles paraissent particulièrement pertinentes à la lumière des transformations qui affectent les relations État-individus.

Dans son ensemble, le deuxième chapitre repose donc sur cette problématique complexe des relations Administration-administrés. Par leur position matérielle et juridique, par leurs intérêts respectifs, ou encore par les finalités qu'ils se proposent d'atteindre, ces deux protagonistes apparaissent profondément différents. Cette conscience de la spécificité des parties en présence n'aboutit pas à une impasse. Bien au contraire, elle favorise l'apparition d'un meilleur équilibre juridique entre l'Administration et les individus, puisque toute réforme devrait tenir compte de l'originalité de leur situation. Au renforcement légitime des droits des administrés fait pendant le souci de ne pas méconnaître la nature particulière de l'Administration et ses exigences de fonctionnement. Tout est donc question de juste équilibre.

Ce document offre en définitive une réflexion assez originale sur l'Administration elle-même et sur la nature de ses relations avec les individus. Pour concrétiser cette approche nouvelle, nous en venons tout naturellement à quelques recommandations plus précises. De façon très schématique, en voici la substance :

1. **En l'état actuel des choses, les différences de statut qui existent entre «l'Administration qui est associée à la Couronne» et celle qui ne l'est pas ne répondent plus à l'évolution du droit contemporain. Dans une perspective d'avenir, toute réforme du statut juridique de l'Administration fédérale doit être fondée sur l'unification de ce statut. Pour les fins du droit administratif, c'est la notion d'Administration fédérale qui devra désormais s'imposer à l'attention.**

2. **Le statut juridique de l'Administration fédérale doit refléter un meilleur équilibre dans les relations Administration-administrés. La conception de l'égalité retenue par la Charte apparaît comme l'un des éléments les plus importants d'une réévaluation critique du statut actuel de cette Administration.**

3. **Ce meilleur équilibre, dans la plupart des cas, a davantage de chances de se réaliser dans le cadre d'un régime spécial de droit public (droit administratif). Toutefois, dans les cas où la nature de la relation Administration-administrés ne justifie pas un régime spécial, c'est le droit privé qui devrait régir les droits et obligations de ces deux parties.**

4. **Le réexamen du statut juridique de l'Administration fédérale ne doit pas se confiner à l'approche habituelle des privilèges et immunités de la Couronne. Ce réexamen doit au contraire se faire dans un cadre nouveau où pourrait apparaître un éventail plus large de garanties non contentieuses en faveur des administrés.**

5. **Dans le même esprit, la philosophie générale qui se dégage de ce document favorise l'apparition d'hypothèses nouvelles, notamment dans le domaine de la responsabilité délictuelle de l'Administration fédérale. Il est désormais nécessaire d'étudier les avantages qui pourraient éventuellement résulter de l'introduction ou de l'élargissement de notions comme celles de faute de service ou de responsabilité fondée sur le risque, ou encore, de l'instauration d'un régime compensatoire sans faute reposant sur la technique assurantielle.**

En suivant l'ordre de ces recommandations, la Commission se fonde plus spécialement sur les raisons suivantes.

L'unité du statut juridique

Dans le but d'inventorier des solutions plus modernes, il était difficile de ne pas aborder ce problème de fond qu'est l'unité du statut juridique de l'Administration fédérale. Divisé entre des services qui sont associés, entièrement ou pour partie, au régime juridique de la Couronne, au régime général du droit privé, ou encore à des régimes spéciaux d'origine législative, le statut de cette Administration souffre d'un manque de cohérence qui est à la source de problèmes extrêmement complexes. Ce morcellement apparaît d'autant plus discutable qu'il ne correspond pas, dans bien des cas, à la véritable nature des activités en cause. Par exemple, nous avons été en mesure de constater que de nombreuses entreprises publiques engagées dans des activités de nature industrielle et commerciale bénéficient des privilèges et immunités de la Couronne, alors que d'autres services, voués essentiellement à des fins d'intérêt général, ne peuvent revendiquer un tel statut. Ces disparités de régime montrent de toute évidence que l'association de nombreuses administrations au statut exorbitant de la Couronne n'a pas été déterminée par des choix fonctionnels, mais bien davantage par des préférences subjectives qui ont dénaturé la signification première de ce régime spécial. Si l'État veut se faire commerçant, il est difficile de justifier qu'il le soit en étant revêtu de privilèges et immunités qui, à l'origine, servaient d'autres fins. Il faut donc s'orienter vers un statut juridique qui soit plus conforme à la véritable nature des activités administratives en cause.

Cette perspective nouvelle nous conduit donc à proposer l'unité du statut juridique de l'Administration fédérale. Dans le but de rendre ce statut cohérent et conforme aux exigences de notre temps, *nous recommandons l'abandon de la dualité de régimes entre «l'Administration associée à la Couronne» et celle «qui n'est pas la Couronne». La Couronne s'effacerait ainsi au profit de la notion d'Administration fédérale*, laquelle postule l'existence de règles précises qui font l'objet du droit administratif. Dans cette

optique, le statut de l'Administration fédérale relèverait principalement de la Constitution et des lois du Parlement, et non plus des prérogatives issues de la tradition de common law. Même si la notion de Couronne cessait d'être pertinente en droit administratif, elle n'en conserverait pas moins son importance en droit constitutionnel pour identifier le Chef de l'État, pour expliquer le fondement autonome de certains pouvoirs reconnus à l'Exécutif et pour analyser quelques aspects plus généraux du droit public. Ramenée à sa fonction première pour les seules fins du droit constitutionnel, elle risquerait ainsi d'être mieux comprise au sein des diverses institutions de l'État.

Ce désir d'unification ne représente pas un bouleversement brutal des catégories existantes. Il garde pour le moment un caractère potentiel car ce n'est qu'au sein des monographies spécialisées qu'il pourra trouver matière à application. Par exemple, il serait fort utile qu'une réforme des règles concernant la responsabilité délictuelle de la Couronne puisse s'appliquer à l'ensemble de l'Administration fédérale. Ce désir d'unité apparaît déjà comme une réalité tangible dans de nouvelles lois fédérales (*Loi sur l'accès à l'information*, article 2), ce qui est symptomatique d'un changement en profondeur. Dans la mesure où l'ensemble de cette administration est confrontée à des problèmes qui se posent un peu partout en termes identiques, il faut penser à des solutions d'ensemble pour des raisons de clarté, d'efficacité et d'économie. Le droit administratif n'aura de chance d'être bien compris que s'il se concrétise dans des règles simples et cohérentes. Dans une perspective à long terme, la Couronne perdra donc graduellement son importance actuelle au profit d'un véritable statut juridique de l'Administration fédérale.

Cette vision renouvelée de l'Administration fédérale ne se solde pas non plus par l'abandon de tout ce qui existe déjà à titre de règles, principes ou catégories. Plusieurs d'entre eux pourront éventuellement trouver une justification ou un fondement dans le cadre des principes plus fonctionnels que nous proposons. Certaines dispositions du droit actuel pourront donc être intégrées dans un régime plus rationnel.

L'idée d'assujettir le régime juridique de l'Administration fédérale à un ensemble cohérent de dispositions législatives mérite d'être prise au sérieux. Elle permettrait de redonner tout leur sens à quelques principes fondamentaux du droit public canadien, notamment au principe de légalité et au contrôle parlementaire de l'action administrative. L'évolution récente du droit laisse d'ailleurs entrevoir qu'il serait normal, et même urgent, que le Parlement fédéral puisse avoir un meilleur contrôle de l'Administration fédérale[129].

La recherche d'un meilleur équilibre

Un contexte nouveau permet de réévaluer dans une optique différente les privilèges et immunités actuellement détenus par l'Administration fédérale, avec ou sans la Couronne. Notre approche présente désormais un caractère fonctionnel où *l'objectif principal est la*

129. Voir notamment les conclusions du document de travail 25 (C.R.D.C., 1980), ainsi que les recommandations du rapport 26 qui sera déposé prochainement (*Id.*, 1985).

recherche d'un meilleur équilibre entre l'Administration et les individus. On s'accorde de plus en plus à reconnaître que *les individus ont certains droits fondamentaux face à l'État*. La situation est ainsi propice à une revalorisation de leurs droits. Puisque l'évolution générale du droit tend à consacrer l'existence d'un régime de libertés publiques favorable à un meilleur équilibre juridique entre l'État et les individus, *il semble donc légitime de ne garder que des privilèges et immunités utiles à l'accomplissement normal de la fonction exécutive*. Il ne faut cependant pas nier ou méconnaître les exigences inhérentes au bon fonctionnement de toute Administration moderne. Même si l'intérêt public ne doit pas servir d'argument facile pour refuser ou écraser des droits, il faut reconnaître qu'il puisse prévaloir en certains cas, tout étant question de justes proportions.

L'intérêt du droit administratif pour la protection et l'accroissement des droits individuels

Compte tenu de l'originalité de cette situation et de la complexité des droits en présence, cette recherche d'équilibre ne pourra, selon toute vraisemblance, se matérialiser que par des régimes spéciaux de droit public. Nous ne sommes plus ici dans le cadre de rapports de droit privé où les parties en présence jouissent des mêmes droits et obligations. Pour cette raison, la Commission entrevoit que le retour au régime général du droit commun ou du droit civil n'est pas forcément la meilleure solution. Jusqu'à ce jour, seule cette alternative était généralement proposée. Pour stimuler la réflexion sur ce sujet, nous avons accordé une attention particulière aux avantages de régimes spéciaux pour protéger plus adéquatement les individus face à l'Administration. Cette analyse nous porte à croire que *le régime général du droit commun ou du droit civil n'est pas toujours en mesure de promouvoir de façon aussi adéquate leurs intérêts. Par conséquent, nous reconnaissons, à titre de principe général, la supériorité potentielle du droit administratif pour l'élaboration de certains régimes susceptibles d'accroître les garanties des administrés dans le contexte spécial de leurs relations avec l'Administration. Autrement dit, le droit administratif est davantage apte à protéger les individus parce que mieux adapté à la nature particulière des relations Administration-administrés*. La reconnaissance de cette réalité ne signifie pas pour autant un rejet des solutions du droit privé. Bien au contraire, *nous reconnaissons l'intérêt de la généralisation du droit privé à certaines situations, notamment lorsque l'Administration est engagée dans des activités de nature industrielle et commerciale*. Dans ce cas précis, comme dans d'autres, l'assimilation complète ou partielle au régime général du droit privé peut être envisagée sérieusement. Le dilemme droit public/droit privé apparaît ainsi contingent, relatif, les intérêts réciproques des deux parties en présence pouvant être mieux conciliés en certaines occasions par des régimes spéciaux adaptés à la nature particulière de leurs relations, alors que dans d'autres cas, le retour au régime général du droit privé ne soulève pas d'obstacles majeurs.

La recherche de solutions nouvelles

Ce document laisse également entendre que la réévaluation des privilèges et immunités de l'Administration fédérale ne peut être correctement accomplie par une reprise des éléments, qui jusqu'à maintenant, ont toujours servi à analyser le régime juridique

de la Couronne. Trop tributaires du passé, ces éléments ne permettent pas de tenir compte de facteurs complètement nouveaux (la Charte par exemple). Méconnaître ces derniers ne permettrait pas d'envisager les transformations du droit contemporain et de la société ambiante. *Une analyse confinée à l'approche habituelle des privilèges et immunités de la Couronne ne pourrait donc pas déboucher sur des résultats satisfaisants.* Il faut comprendre que *la Couronne n'est qu'un élément de ce dossier*, certes le plus important, mais non le seul. Prétendre résoudre le statut juridique de l'Administration fédérale en se cantonnant aux seuls privilèges et immunités de la Couronne ne serait qu'un leurre. L'analyse historique démontre d'ailleurs que la Couronne et l'Administration sont deux notions qui n'ont jamais parfaitement coïncidé. L'élargissement du débat est d'autant plus nécessaire que *le régime de la Couronne est trop exclusivement orienté vers la formulation de règles contentieuses. Ce cadre devrait être abandonné au profit d'un éventail plus large de garanties non contentieuses en faveur des administrés.*

La modernisation des règles de responsabilité délictuelle

En adoptant en 1953 la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, le législateur a défini pour une importante partie de l'Administration fédérale un régime de responsabilité délictuelle qui reprend pour l'essentiel les règles du droit privé. En assimilant ainsi les activités de l'Administration à celles relevant des personnes physiques, le législateur a créé un régime qui ne semble pas s'adapter aux transformations actuelles de la fonction administrative. Il est donc nécessaire de repenser en profondeur ce secteur du droit pour s'assurer qu'il soit tenu compte de la nature spéciale des activités administratives. Ceci pourrait nous amener éventuellement à recommander que soient couverts certains types de dommages pour lesquels le droit actuel n'offre aucune garantie de compensation. L'éventail de possibilités nouvelles qu'il faut désormais étudier sérieusement comprend l'introduction ou l'élargissement de notions comme celles de faute de service ou de responsabilité fondée sur la théorie du risque. De même, il faudrait s'interroger sur les avantages qui pourraient résulter de l'instauration d'un régime compensatoire sans faute comme il en existe en ce moment en matière d'accidents de travail ou d'assurance-automobile.

Pour conclure, deux raisons fondamentales militent en faveur d'un réexamen de la situation actuelle. La première est d'ordre structurel, compte tenu des faiblesses et incohérences du régime actuel (aspects internes évoqués dans le premier chapitre). La seconde est d'ordre fonctionnel compte tenu de l'évolution générale du droit public et des rapports Administration-administrés (aspects externes évoqués dans le deuxième chapitre). Dans ce document, certains éléments reviennent d'ailleurs constamment pour former une toile de fond. De ces divers thèmes, *il faut principalement retenir les idées de clarification et de modernité, un sens de la globalité et la recherche d'un meilleur équilibre. C'est néanmoins l'idée d'adaptation à la nature spéciale des relations Administration-administrés qui se dégage le plus pour les fins de cette réévaluation.*

Bibliographie

Allen, C.K. 1945 — *Law and Orders*, Londres, Stevens, 1945, 385 pages.

Allen, J. 1962 — *Inquiry Into the Rise and Growth of Prerogative in England*, New York, Franklin, 1962.

Angell, E. 1964 — *Les aspects constitutionnels des libertés publiques aux Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 1964, 100 pages.

Ashley, C.A. et R.G.H. Smails 1965 — *Canadian Crown Corporations : Some Aspects of Their Administration and Control*, Toronto MacMillan, 1965, 360 pages.

Azard, P. 1960 — «Le contrat d'adhésion» (1960) 20 *Revue du Barreau* 337-350.

Baraduc-Bénabent, E. 1981 — «L'astreinte en matiere administrative (Loi du 16 juillet 1980)» (1981) *Dalloz* 95-100.

Barbe, R.P. 1966-68 — «Les entreprises publiques mandataires de Sa Majesté» (1966-68) *Justinien* 61-85.

Barbeau, A. 1974 — *Le droit constitutionnel canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, 440 pages.

Bastid, P. 1939 — *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1939, 652 pages.

Baudouin, J.-L. 1973 — *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973, 567 pages.

Baudouin, J.-L. 1983 — *Les obligations*, Montréal, Yvon Blais, 1983, 693 pages.

Beaudoin, G.A. 1975 — «La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux» (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 675-714.

Bergeron, G. 1982 — «L'État et ses trois niveaux : le régime, la gouverne et la politie» (1982) 15 *Revue canadienne de science politique* 227-257.

Blackstone, Sir Wm. 1829 — *Commentaries on the Laws of England*, 18e éd., Vol. 1 : *Of the Rights of Persons*, Londres, Sweet, Pheney, Maxwell et Stevens, 1829.

Blom-Cooper, L. 1983 — «Lawyers and Public Administrators: Separate and Unequal» (1983) *Public Law* 215-235.

Bourque, D. 1977 — «L'égalité selon la Cour suprême» (1977) 18 *Cahiers de droit* 691-710.

Bradley, A.W. 1983 — *The European Convention on Human Rights and Administrative Law: First Impressions*. Conférence prononcée à Québec en février 1983.

Braibant, G. 1961 — «Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir» (1961) *Études et Documents du Conseil d'Etat* 53-65.

Braibant, G. 1974 — «Le principe de proportionnalité» dans *Mélanges Waline*, Vol. 2, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, 297-306.

British Institute 1970 — *Government Enterprise, A Comparative Study*, British Institute Studies in International and Comparative Law, Londres, Stevens, 1970, 351 pages.

Brown, L.N. et D. Lemieux 1979 — «La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale» (1979) 20 *Cahiers de droit* 783-796.

Brown-John, C.L. 1981 — *Canadian Regulatory Agencies*, Toronto, Butterworths, 1981, 268 pages.

Brun, H. 1982 — «Quelques notes sur les articles 1, 2, 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés» (1982) 23 *Cahiers de droit* 781-794.

Brun, H. et G. Tremblay 1982 — *Droit constitutionnel*, Montréal, Yvon Blais, 1982, 798 pages.

Bureau du Conseil privé 1977 — *Corporations de la Couronne : direction, contrôle, imputabilité*, Ottawa, Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, 1977, 85 pages.

California Law Revision Commission 1980 — «Recommendation Relating to Enforcement of Claims and Judgments Against Public Entities» (1980) 15 *California Law Revision Commission* 1261-1287.

Carbajo, J. 1981 — «Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public» (1981) *Actualité juridique : Édition droit administratif* 176-181.

Chevrette, F. et H. Marx 1979 — «Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques» (1979) 20 *Cahiers de droit* 95-111.

Chevrette, F. et H. Marx 1982 — *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, 1728 pages.

Chitty, J. 1820 — *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject*, Londres, Butterworths, 1820, 500 pages.

Côcatre-Zilgien, A. 1958 — «La nature juridique des mesures d'ordre intérieur en droit administratif français» (1958) *Revue internationale des sciences administratives* 487-500.

Collon, M. 1971 — «Absence et présence de la notion d'égalité en droit anglais» dans *L'égalité*, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, 72-99.

Commission de réforme du droit du Canada (C.R.D.C.) 1975 — *Études sur la déjudiciarisation*, Ottawa, Information Canada, 1975, 243 pages.

Commission de réforme du droit du Canada (C.R.D.C.) 1977

La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada [Rapport 8], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1977, 6 pages.

Commission de réforme du droit du Canada (C.R.D.C.) 1980

Les organismes administratifs autonomes [Document de travail 25], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1980, 231 pages.

Commission de réforme du droit du Canada (C.R.D.C.) 1985

Les organismes administratifs autonomes [Rapport 26], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1985. [À paraître]

Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité 1979

Rapport final de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité (Rapport Lambert), Ottawa, 1979, 646 pages.

Conklin, W.E. 1982

«Interpreting and Applying the Limitations clause : An Analysis of Section 1» (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 75-87.

Conseil du Trésor du Canada 1984

Sociétés de la Couronne et autres sociétés en coparticipation du gouvernement canadien, Ottawa, Conseil du Trésor du Canada, 1984, 52 pages.

Côté, P.-A. 1976

«Droit civil et droit administratif au Québec» (1976) 17 *Cahiers de droit* 825-829.

Crépeau, P.-A. 1974

«Contrat d'adhésion et contrat type» dans *Mélanges Baudouin*, Montréal, 1974, 67-68.

Cuppaidge, W.E. 1953-54

«The Divisibility of the Crown» (1953-54) 27 *Australian Law Journal* 594-601.

Currie, A.E. 1953

Crown and Subject, Wellington, Legal Publications, 1953, 220 pages.

David, R. 1980

English Law and French Law, A Comparison in Substance, Londres, Stevens, 1980, 223 pages.

Debbasch, C. 1979

L'État civilisé, Paris, Fayard, 1979, 203 pages.

Delpérée, F. et V. Boucquey-Rémion 1982

«Liberté, légalité et proportionnalité», dans *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, E. Bruylant, 1982, 475-494.

Delvolvé, P. 1969

Le principe d'égalité devant les charges publiques, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, 467 pages.

Desjardins, A. 1966

«La primauté de l'exécutif» (1966) *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 314-326.

de Smith, S.A. 1981 — *Constitutional and Administrative Law*, 4e éd., Middlesex, Penguin Books, 1981 (réimpression 1983), 729 pages.

Dicey, A.V. 1902 — *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, Giard et Brière, 1902, 474 pages.

Dicey, A.V. 1959 — *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Londres, MacMillan, 1959, 535 pages.

Distel, M. 1971 — «La réforme du contrôle de l'administration en Grande-Bretagne» (1971) *Revue internationale de droit comparé* 335-417.

Distel, M. 1982 — «Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne» (1982) *Revue internationale de droit comparé* 41-100.

Donzelot, J. 1984 — *L'invention du social*, Paris, Fayard, 1984, 263 pages.

Du Bois de Gaudusson, J. 1977 — *L'usager du service public administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, 318 pages.

Duguit, L. 1929 — «De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public» dans *Mélanges Hauriou*, Toulouse, 1929, 253-284.

Dussault, R. 1967 — «Suprématie de la loi ou Rule of Law» (1967) 27 *Revue du Barreau* 302-326.

Dussault, R. 1974 — *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1974, 2016 pages (2 volumes).

Dussault, R. et L. Borgeat 1982 — «Le droit administratif : une réalité omniprésente pour l'administrateur public» (1982) 25 *Administration publique du Canada* 653-673.

Dussault, R. et L. Borgeat 1984 — *Traité de droit administratif*, vol. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 955 pages.

Dussault, R. et M. Patenaude 1983 — «Le contrôle judiciaire de l'Administration : Vers une meilleure synthèse des valeurs de liberté individuelle et de justice sociale?» (1983) 43 *Revue du Barreau* 163-275.

Dyke, K. et D. Mockle 1983 — *Inventaire général des privilèges et immunités de la Couronne et de l'Administration fédérales contenus dans les lois fédérales*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, octobre 1983 (document non publié).

Ehrlich, L. 1921 — «Proceedings Against the Crown (1216-1377)» dans *Oxford Studies in Social and Legal History*, Vol. 6, n° 12, Oxford, Clarendon Press, 1921, 1-274.

Foulkes, D. 1982 — *Administrative Law*, Londres, Butterworths, 1982, 460 pages.

Friedrich, C.J. 1977 — «La crise de l'égalitarisme» dans *L'égalité*, vol. 5, Bruxelles, E. Bruylant, 1977, 306-318.

Ganshof Van Der Meersch, W.J. et L.A. Somerhausen 1966 — «La primauté de l'exécutif» (1966) *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 327-371.

Garant, P. 1972 — «Contribution à l'étude du statut juridique de l'administration gouvernementale» (1972) 50 *Revue du Barreau canadien* 50-86.

Garant, P. 1984a — «Introduction à l'étude du droit des entreprises publiques au Canada» dans *Mélanges Péquignot*, Montpellier, 1984, 281-298.

Garant, P. 1984b — *La «rule of law» et les immunités de la Couronne et de ses agents*. Conférence prononcée à Ottawa lors du colloque sur «La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne et des administrations locales», septembre 1984.

Garant, P. 1985 — *Droit administratif*, 2e éd., Montréal, Yvon Blais, 1985, 1032 pages.

Garant, P. *et al.* 1977 — «Le contrôle politique des organismes autonomes à fonctions régulatrices et quasi judiciaires» (1977) 20 *Administration publique du Canada* 444-468.

Garant, P. et G. Leclerc 1979 — «La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement» (1979) 20 *Cahiers de droit* 485-524.

Garner, J.W. 1929 — «La conception anglo-américaine du droit administratif» dans *Mélanges Hauriou*, Toulouse, 1929, 382-409.

Garner, J.F. 1979 — *Administrative Law*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1979, 525 pages.

Gaudemet, P.-M. 1974 — «Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques. Grandeur et misères d'un principe» dans *Mélanges Stassinopoulos*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, 337-346.

Gélinas, A. 1979 — «Le rapport Lambert : les organismes de la Couronne» (1979) 22 *Aamiinistration publique du Canada* 541-556.

Gélinas, A.(éd.) 1978 — *L'entreprise publique et l'intérêt public : compte-rendu d'un colloque international*, Toronto, Institut d'administration publique du Canada, 1978, 268 pages.

Gibson, D. 1982 — «Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Some General Considerations» dans *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Commentary*, Toronto, Carswell, 1982, 25-39.

Ginsberg, M.I. et L. Lesser 1981 — «Current Developments in Economic and Social Rights: A U.S. Perspective» (1981) 2 *Human Rights Law Journal* 237-256.

Goldman, A.H. 1979 — *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, Princeton University Press, 1979, 251 pages.

Goyard, P. 1977 — «Les diverses prérogatives juridiques et les notions d'égalité et de discrimination» dans *L'égalité*, vol. 5, Bruxelles, E. Bruylant, 1977, 151-162.

Greenawalt, K. 1983 — «How Empty is the Idea of Equality?» (1983) 83 *Columbia Law Review* 1167-1185.

Griffith, J.A.C. 1951-52 — «Public Corporations as Crown Servants» (1951-52) 9 *University of Toronto Law Journal* 169-193.

Griffith, J. et H. Street 1973 — *The Principles of Administrative Law*, 5e éd., Londres, Pitman, 1973, 331 pages.

Haggen, G.L. 1925 — «The Functions of the Crown» (1925) 41 *Law Quarterly Review* 182-194.

Handlin, O. 1979 — «The Quest for Equality» (1979) *Washington University Law Quarterly* 35-50.

Harding, A. 1973 — *The Law Courts of Medieval England*, Londres, Allen et Unwin, 1973, 201 pages.

Harlow, C. 1976 — «Administrative Reaction to Judicial Review» (1976) *Public Law* 116-133.

Harlow, C. 1980 — «Public and Private Law: Definition Without Distinction» (1980) 43 *Modern Law Review* 241-265.

Harvey, J. et L. Bather 1977 — *The British Constitution*, Londres, MacMillan, 1977, 648 pages.

Hecquart-Théron, M. 1981 — «De la mesure d'ordre intérieur» (1981) *Actualité juridique : Édition droit administratif* 235-244.

Henkin, L. 1981 — «Economic-Social Rights as ‹Rights›: A U.S. Perspective» (1981) 2 *Human Rights Law Journal* 223-236.

Hodgetts, J.E. 1970 — «The Public Corporation in Canada» dans *Government Enterprise, A Comparative Study*, British Institute Studies in International and Comparative Law, Londres, Stevens, 1970, 201-226.

Hogg, P.W. 1971 — *Liability of the Crown*, Sydney, Law Book, 1971, 257 pages.

Hogg, P.W. 1977 — *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, 548 pages.

Hogg, P.W. 1983 — «Supremacy of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 69-80.

Hogg, P.W. 1984 — «Canada's New Charter of Rights» (1984) 32 *American Journal of Comparative Law* 283-305.

Holdsworth, W.S. 1922 — «The History of Remedies Against the Crown» (1922) 38 *Law Quarterly Review* 141-296.

Hood Phillips, O. et P. Jackson 1978 — *Constitutional and Administrative Law*, 6e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1978, 746 pages.

Hurtubise, R. 1966 — «La primauté de l'exécutif» (1966) *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 305-313.

Immarigeon, H. 1965 — *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, 395 pages.

Institut de recherches politiques 1981 — *Public Corporations and Public Policy in Canada*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1981, 398 pages.

Ison, T.G. 1976 — «The Intrusion of Private Law in Public Administration» (1976) 17 *Cahiers de droit* 799-824.

Issalys, P. 1983 — «La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation» (1983) 24 *Cahiers de droit* 831-900.

Jennings, Sir I. 1976 — *The Law and the Constitution*, 5e éd., Londres, Hodder et Stoughton, 1976, 354 pages.

Kantorowicz, E.H. 1957 — *The King's Two Bodies*, Princeton, Princeton University Press, 1957, 568 pages.

Karst, K.L. 1977-78 — «Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment» (1977-78) 91 *Harvard Law Review* 1-68.

Kirsch, E. 1984 — *The Legal Environment of Federal Crown Corporations*, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1984, 90 pages (document non publié).

Laboratoire de recherche sur la Justice administrative 1982 — *Les consommateurs et la justice au Québec*, Québec, 1982, 441 pages.

Lajoie, A. 1984 — *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Thémis, 1984, 242 pages.

Lajoie, A., P.A. Molinari et J.-L. Baudouin 1983 — «Le droit aux services de santé : légal ou contractuel?» (1983) 43 *Revue du Barreau* 675-731.

Langford, J.W. 1980 — «The Identification and Classification of Federal Public Corporations : a Preface to Regime Building» (1980) 23 *Administration publique du Canada* 76-104.

Lareau, A. 1984 — «Les saisies et perquisitions en matière fiscale : le contribuable n'est plus maître de sa maison» (1984) 25 *Cahiers de droit* 427-450.

Laski, H.J. 1919 — «The Responsibility of the State in England» (1919) 32 *Harvard Law Review* 447-472.

Laskin, B. 1969 — *The British Tradition in Canadian Law*, Londres, Stevens, 1969, 138 pages.

Laskin, B. 1975 — *Canadian Constitutional Law*, Toronto, Carswell, 1975, 980 pages.

Laubadère, A. de 1983 — *Traité de droit administratif*, 9e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, 813 pages.

Law, J. 1982 — *The Public Law of Torts*, mémoire de maîtrise, Dalhousie, 1982.

Law Reform Commission of British Columbia 1972 — «Legal Position of the Crown» dans *Report on Civil Rights*, Vancouver, 1972, 77 pages.

Lawson, F.H. et D.J. Bentley 1961 — *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Butterworths, 1961, 395 pages.

Lawson, F.H. et B.S. Markesinis 1982 — *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 2 volumes : 239 et 343 pages.

Lebel, M. 1983 — «Les droits linguistiques et la Charte canadienne des droits et libertés» dans *La Charte canadienne des droits et libertés et les droits collectifs et sociaux*, (1983) 18 *Cahiers de l'ACFAS* 31-53.

Lemieux, D. 1981 — *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Québec, Centre d'édition juridique, 1981, 448 pages.

Lemieux, D. 1983 — «Les immunités de la Couronne : Esquisse d'un bilan critique», rapporté dans *Cahiers de la Cinquième conférence des avocats et notaires de la Fonction publique*, Québec, 1983, 239 pages (document polycopié).

Lemieux, D. 1984 — «Privilèges et immunités des entreprises publiques en droit québécois» dans *Mélanges Péquignot*, Montpellier, 1984, 419-434.

Lemieux, V. 1962 — «L'effacement du pouvoir législatif» dans *Le rôle de l'État*, Montréal, Institut canadien des affaires publiques, 1962, 91-95.

Levy, D. 1957 — *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, 432 pages.

Lieberman, R.M. 1975 — «Executive Privilege» (1975) 33 *University of Toronto Faculty of Law Review* 181-193.

Linden, A.M. 1976 — «Public Law and Private Law: The Frontier from the Perspective of a Tort Lawyer» (1976) 17 *Cahiers de droit* 831-873.

Linden, A.M. 1977 — «Whatever happened to Rylands v. Fletcher?» (1977) *Studies in Canadian Tort Law* 325-341.

Linden, A.M. 1982 — *Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1982, 737 pages.

Linotte, D. 1981 — «Exécution des décisions de justice administratives et astreintes en matière administrative (loi n° 80-539 du 16 juillet 1980)» (1981) *Juris-Classeur Pratique* 1.3011.

Lyon, N. 1983 — *The Charter As a Mandate for New Ways of Thinking About Law*. Conférence prononcée au congrès annuel de l'Association canadienne des professeurs de droit, Vancouver, juin 1983.

MacGuigan, M.R. 1982 — «The Protection of Freedom and the Achievement of Equality in Canada» dans *Civil Liberties in Canada, Entering the 1980's*, Toronto, Butterworths, 1982.

MacKinnon, F. 1977 — *The Crown in Canada*, Calgary, McClelland, 1977, 189 pages.

Madiot, Y. 1971 — *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, 390 pages.

Maitland, F.W. 1901 — «The Crown as Corporation» (1901) 17 *Law Quarterly Review* 131-146.

Mallory, J.R. 1968 — «La Couronne» dans *Le système politique du Canada*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1968, 89-101.

Markesinis, B.S. 1973 — «The Royal Prerogative Re-Visited» (1973) 32 *Cambridge Law Journal* 287-309.

Marshall, G. 1971 — *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, 238 pages.

Marx, H. 1982 — «L'enchâssement, la clause limitative et le pouvoir de déroger» dans *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, 77-92.

Mason, A.T. et W.M. Beaney 1978 — *American Constitutional Law*, New Jersey, Prentice-Hall, 1978, 787 pages.

McLeod, T.H. 1980 — «Le colloque national spécial sur la gestion financière et l'imputabilité : une évaluation» (1980) 23 *Administration publique du Canada* 135-165.

McNairn, C.H. 1977 — *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, 205 pages.

Mestre, A. 1974 — *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, 312 pages.

Michelman, F.I. 1969-70 — «On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment» (1969-70) 83 *Harvard Law Review* 7-59.

Mitchell, J.D.B. 1964 — «L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni : ses causes et ses effets» (1964) *Études et Documents du Conseil d'État* 211-225.

Mitchell, J.D.B. 1968 — *Constitutional Law*, Édimbourg, Green, 1968, 364 pages.

Mockle, D. 1984 — *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, 623 pages.

Montigny, Y. de 1984 — «La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les questions politiques» (1984) 44 *Revue du Barreau* 156-172.

Morange, G. 1951 — «Le principe de l'égalité devant l'impôt» (1951) *Dalloz* 103-106.

Morel, A. 1983 — «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : Une assurance contre le gouvernement des juges» (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 81-100.

Mundell, D.W. 1960 — «Legal Nature of Federal and Provincial Executive Governments: Some Comments on Transactions Between Them» (1960) *Osgoode Hall Law Journal* 56-75.

Mundell, D.W. 1961 — «Remedies Against the Crown» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, 1961, 149-182.

Murphy, B.F.P. 1984 — «The Application of the Charter of Rights and Freedoms to Prerogative Powers» (1984) 33 *University of New Brunswick Law Journal* 354-362.

Nadeau, A. 1971 — *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, 732 pages.

Nagel, T. 1979 — «The Meaning of Equality» (1979) *Washington University Law Quarterly* 25-31.

O'Connell, D.P. 1957 — «The Crown in the British Commonwealth» (1957) *International and Comparative Law Quarterly* 103-125.

Ouellette, Y. 1965 — *La responsabilité extra-contractuelle de l'État fédéral au Canada*. Thèse dactylographiée, Montréal, 1965, 309 pages.

Ouellette, Y. 1985 — «La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne fédérale et l'exercice des fonctions discrétionnaires» (1985) 16 *Revue générale de droit* 49-67.

Pelletier, G. 1982 — «Les conséquences juridiques des informations erronées fournies par les préposés de l'Administration publique» (1982) 23 *Cahiers de droit* 325-405.

Pelloux, R. 1981 — «Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification» (1981) *Revue du droit public* 53-68.

Pépin, G. 1984 — «L'Administration publique et le principe de légalité» (1984) 44 *Revue du Barreau canadien* 137-148.

Pépin, G. et Y. Ouellette 1982 — *Principes de contentieux administratif*, Montréal, Yvon Blais, 1982, 478 pages.

Perelman, C. 1977 — «Égalité et justice» dans *L'égalité*, vol. 5, Bruxelles, E. Bruylant, 1977, 324-330.

Picquart, M. 1984 — *La notion de police administrative*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, 966 pages (2 volumes).

Popovici, A. 1974 — «Les contrats d'adhésion : un problème dépassé?» dans *Mélanges Baudouin*, Montréal, 1974, 161-201.

Proulx, D. 1980 — «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative» (1980) 10 *Revue de Droit, Université de Sherbrooke* 381-568.

Proulx, D. 1983 — «La portée de la Charte canadienne des droits et libertés en matière de droits sociaux et collectifs : le cas de l'article 23» dans *La Charte canadienne des droits et libertés et les droits collectifs et sociaux*, (1983) 18 *Cahiers de l'ACFAS* 55-98.

Rand, I.C. 1961 — «Except by Due Process of Law» (1961) 2 *Osgoode Hall Law Journal* 171-190.

Rivero, J. 1953 — «Existe-t-il un critère du droit administratif?» (1953) *Revue du Droit Public* 279-296.

Rivero, J. 1965 — «Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français» dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XIV, Paris, Dalloz, 1965, 343-360.

Robinson, G.E. 1925 — *Public Authorities and Legal Liability*, Londres, University of London Press, 1925, 286 pages.

Robertson, G.S. 1908 — *The Law and Practice of Civil Proceedings By and Against the Crown and Departments of the Government with Numerous Forms and Precedents*, Londres, Stevens, 1908, 933 pages.

Robson, W.A. 1952 — «Le droit administratif en Angleterre de 1919 à 1950» dans *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 1952, 649-671.

Rousset, M. 1960 — *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Grenoble, Allier, 1960, 269 pages.

Russell, P.H. 1983 — «The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 30-54.

Samson, J.K. 1975 — «L'égalité devant la loi et la Cour suprême : égalitarisme ou «rule of law» » (1975) 16 *Cahiers de droit* 675-688.

Smith, A.T.H. 1983 — «The Prerogative of Mercy, the Power of Pardon and Criminal Justice» (1983) *Public Law* 398-439.

Strayer, B. 1964 — «Injunctions Against Crown Officers» (1964) 42 *Revue du Barreau canadien* 1-45.

Strayer, J.R. 1979 — *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris, Payot, 1979, 156 pages.

Street, H. 1948 — «The Effect of Statutes Upon the Rights and Liabilities of the Crown» (1948) 7 *University of Toronto Law Journal* 357-384.

Tancelin, M. 1975 — *Théorie du droit des obligations*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1975, 572 pages.

Tarnopolsky, W.S. 1977 — «Le contrôle de la discrimination raciale au Canada» (1977) 18 *Cahiers de droit* 663-689.

Tarnopolsky, W.S. 1982 — «Les droits à l'égalité» dans *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982.

Tarnopolsky, W.S. 1983 — «The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 242-264.

Tarnopolsky, W. et G. Beaudoin (éds) 1982 — *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1982.

Tassé, R. 1985 — «Les relations entre l'État et le citoyen : évolution historique, situation actuelle et avenir» (1985) 16 *Revue générale de droit* 5-12.

Tercinet, J. 1981 — «La loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 : vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration?» (1981) *Actualité juridique : Édition droit administratif* 3-13.

Thomas, P. 1979 — «The Lambert Report: Parliament and Accountability» (1979) 22 *Administration publique du Canada* 557-571.

Thorson, J.T. 1960 — «A New Concept of the Rule of Law» (1960) 38 *Revue du Barreau canadien* 238-257.

Tremblay, A. 1982 — *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, Thémis, 1982, 341 pages.

Turner, R.V. 1968 — *The King and His Courts*, Ithaca, Cornell University Press, 1968, 310 pages.

Tussman, J. et J. TenBroeck 1949 — «The Equal Protection of the Laws» (1949) 37 *California Law Review* 341-381.

Vedel, G. et P. Delvolvé 1982 — *Droit administratif*, 8e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1982, 1174 pages.

Vedel, G. et J. Rivero 1980 — «Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le préambule» dans *Pages de Doctrine*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, 93-145.

Wade, H.W.R. 1982 — *Administrative Law*, 5e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982, 892 pages.

Wade, E.C.S. et G.G. Phillips 1980 — *Constitutional and Administrative Law*, 9e éd., Londres, Longman, 1980, 688 pages.

Watkins, C.G. 1967 — «The Enforcement of Conformity to Law Through Contempt Proceedings» (1967) 5 *Osgoode Hall Law Journal* 125-158.

Westen, P. 1981-82 — «The Empty Idea of Equality» (1981-82) 95 *Harvard Law Review* 537-596.

Westen, P. 1983 — «To Lure the Tarantula from its Hole: A Response» (1983) 83 *Columbia Law Review* 1186-1208.

Whyte, J.D. 1982 — «The Effect of the Charter of Rights on Non-Criminal Law and Administration» (1982) 3 *Canadian Human Rights Reporter* C/82-7.

Williams, G.L. 1948 — *Crown Proceedings*, Londres, Stevens, 1948, 157 pages.

Winter, R.K. 1979 — «Changing Concepts of Equality: From quality Before the Law to the Welfare State» (1979) *Washington University Law Quarterly* 741-755.

Winterton, G. 1983 — «The prerogative in novel situations» (1983) 99 *Law Quarterly Review* 407-411.

Wolfers, C. 1971 — «Note sur le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'État français en matière de réglementation économique» dans *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, 127-137.

Table de jurisprudence

Asbestos, voir *Société Asbestos Ltée* ...

L'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse c. *La Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse*, [1981] 1 R.C.S. 211.

Association espaces verts du Mont-Rigaud c. *L'honorable Victor Goldbloom*, [1976] C.S. 293.

La Banque de Montréal c. *Le procureur général de la province de Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565.

Bonanza Creek Gold Mining Company v. *The King*, [1916] 1 A.C. 566.

Bourgault c. *Société centrale d'hypothèques et de logement*, [1978] C.S. 501.

British Columbia Development Corporation c. *Friedmann (Ombudsman)*, [1984] 2 R.C.S. 447; (1984), 55 N.R. 298 (C.S.C.).

Brown c. *Le Collège Manitou*, [1983] C.S. 825.

China Navigation Company Ltd. v. *Attorney-General*, [1932] 2 K.B. 197.

C.I.A.C. c. *La Reine*, 12 juillet 1984, Cour d'appel fédérale.

Clark v. *R. in Right of British Columbia* (1980), 15 B.C.L.R. 311.

Le Conseil des Ports Nationaux v. *Langelier*, [1969] R.C.S. 60.

Eldorado Nucléaire, voir *R.* c. *Eldorado Nucléaire* ...

Fafard v. *La Cité de Québec* (1917), 55 R.C.S. 615.

Ferguson v. *Attorney General of Canada*, [1971] 2 W.W.R. 637.

Gauthier v. *The King* (1917), 56 R.C.S. 176.

Gooliah v. *The Queen* (1967), 59 W.W.R. 705.

Labrecque, voir *Le procureur général* ...

Langelier, voir *Le Conseil des Ports* ...

Lapierre c. *Le procureur général du Québec*, [1979] C.S. 907.

Lapierre c. *Le procureur général de la province de Québec*, 4 avril 1985, Cour suprême, n° 18141.

Lapointe c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Charles Borromée*, [1979] C.S. 1119, confirmé par [1980] C.A. 568.

MacKay c. *La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370.

Manitoba Fisheries Ltd. c. *La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101.

Marek v. *Cieslak* (1974), 48 D.L.R. (3d) 39.

Nei Canada Ltd. c. *Volcano Ltée*, [1982] C.S. 285.

Operation Dismantle c. *La Reine*, [1983] 1 C.F. 429 et [1983] 1 C.F. 745 (C.A.).

Operation Dismantle c. *Sa Majesté*, 9 mai 1985, Cour suprême, n° 18154.

O'Reilly v. *Mackman*, [1983] 2 A.C. 237.

Pourier c. *Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511.

Le procureur général de la province de Québec c. *Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057.

Province of Bombay v. *Municipal Corporation of the City of Bombay*, [1947] A.C. 58.

Québec Association of Protestant School Boards c. *Le procureur général du Québec*, [1982] C.S. 673.

R. c. *Eldorado Nucléaire Ltée et Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551.

R. c. *Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568.

R. v. *Eldorado Nuclear Ltd.* (1982), 128 D.L.R. (3d) 82.

R. v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378.

R. v. *Thibodeau Express*, [1948] O.W.N. 207.

R. v. *Thomas* (1948), 2 W.W.R. 444.

Rabeau c. *Le College Manitou*, [1983] C.S. 832.

Ranaweera v. *Ramachandran*, [1970] A.C. 962.

Re Doxtator (1984), 44 O.R. (2d) 581.

La Reine, du chef du Canada c. *La Reine, du chef de la province de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1978] 1 C.F. 533.

Rylands v. *Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330.

Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. *La Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61.

Société Asbestos Ltée c. *Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342.

La Société Radio-Canada c. *La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339.

Le Syndicat canadien de la Fonction publique c. *La Société Radio-Canada*, [1976] 2 C.F. 145.

Thibodeau Express, voir *R.* v. *Thibodeau* ...

Thomas, voir *R.* v. *Thomas* ...

J.E. Verreault et Fils v. *Le procureur général de la province de Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41.

Ville de Laval c. *Fraternité des Policiers de Laval*, 6 avril 1981, C.S. de Montréal, n° 81-546.

Welbridge Holdings Ltd. c. *The Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957.

Table des lois

Canada

Magna Carta, *1215*.

Case of Proclamations, *1611*.

Bill of Rights, *1689*.

Act of Settlement, *1701*.

Traité de Paris, *1763*.

Proclamation royale du 7 octobre 1763.

Acte de Québec de 1774.

Acte constitutionnel de 1791.

Acte d'Union, *1840*.

Loi constitutionnelle de 1867.

Charte canadienne des droits et libertés, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*.

Loi constitutionnelle de 1982.

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié.

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III.

Loi anti-inflation, S.C. 1974-75-76, chap. 75.

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.

Loi d'Air Canada de 1977, S.C. 1977-78, chap. 5.

Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23.

Loi d'urgence de 1979 sur les approvisionnements d'énergie, S.C. 1978-79, chap. 17.

«Loi de 1953», voir *Loi sur la responsabilité de la Couronne*.

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48.

Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest, S.C. 1974-75-76, chap. 87.

Loi modifiant la Loi sur l'administration financière à l'égard des sociétés d'État, S.C. 1984, chap. 31.

Loi nationale sur l'habitation, S.R.C. 1970, chap. N-10.

Loi relative aux aliments du bétail, S.R.C. 1970, chap. F-7.

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23.

Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1982, chap. 111.

Loi sur l'accise, S.R.C. 1970, chap. E-12.

Loi sur l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent, S.R.C. 1970, chap. S-1.

Loi sur l'Administration du pont Fort-Falls, S.C. 1970-71-72, chap. 51, modifiée par S.C. 1974-75-76, chap. 46.

Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10.

Loi sur l'aide à l'alimentation des animaux, S.R.C. 1970, chap. L-9.

Loi sur l'expropriation, S.R.C. 1970, chap. 16 (1re Supp.).

Loi sur l'immersion de déchets en mer, S.C. 1974-75-76, chap. 55.

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52.

Loi sur l'industrie des produits de l'érable, S.R.C. 1970, chap. M-2.

Loi sur l'inspection du poisson, S.R.C. 1970, chap. F-12.

Loi sur la Capitale nationale, S.R.C. 1970, chap. N-3.

Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce, S.R.C. 1970, chap. F-13.

Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1970, chap. C-12.

Loi sur la Commission d'énergie du Nord canadien, S.R.C. 1970, chap. N-21.

Loi sur la Convention relative aux pêcheries de saumon du Pacifique, S.R.C. 1970, chap. F-19.

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, chap. 10 (2e Supp.).

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4.

Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique, S.C. 1970-71-72, chap. 47.

Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9.

Loi sur la marque de commerce nationale et l'étiquetage exact, S.R.C. 1970, chap. N-16.

Loi sur la monnaie et les changes, S.R.C. 1970, chap. C-39.

Loi sur la monnaie royale canadienne, S.R.C. 1970, chap. R-8.

Loi sur la preuve, S.R.C. 1970, chap. E-10.

Loi sur la production de défense, S.R.C. 1970, chap. D-2.

Loi sur la protection des eaux navigables, S.R.C. 1970, chap. N-19.

Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11.

Loi sur la responsabilité de la Couronne («Loi de 1953»), S.R.C. 1970, chap. C-38.

Loi sur la responsabilité des salaires, S.R.C. 1970, chap. W-1.

Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, S.C. 1980-81-82, chap. 100.

Loi sur la sécurité des pneus de véhicule automobile, S.C. 1974-75-76, chap. 96.

Loi sur la Société Pétro-Canada, S.C. 1974-75-76, chap. 61.

Loi sur la stabilisation des prix agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-9.

Loi sur le Conseil de recherches en sciences humaines, S.C. 1976-77, chap. 24, Partie I.

Loi sur le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie, S.C. 1976-77, chap. 24, Partie III.

Loi sur le Conseil de recherches médicales, S.R.C. 1970, chap. M-9.

Loi sur le Conseil des ports nationaux, S.R.C. 1970, chap. N-8.

Loi sur le Conseil des Sciences du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-5.

Loi sur le Conseil national de recherches, S.R.C. 1970, chap. N-14.

Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, S.R.C. 1970, chap. A-19.

Loi sur le crédit agricole, S.R.C. 1970, chap. F-2.

Loi sur le développement des forêts et la recherche sylvicole, S.R.C. 1970, chap. F-30.

Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État, S.R.C. 1970, chap. G-7.

Loi sur le ministère des Transports, S.R.C. 1970, chap. T-15.

Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration, S.C. 1976-77, chap. 54, Partie I.

Loi sur le pipe-line du Nord, S.C. 1977-78, chap. 20.

Loi sur le transport des marchandises dangereuses, S.C. 1980-81-82, chap. 36.

Loi sur le Yukon, S.R.C. 1970, chap. Y-2.

Loi sur les animaux de ferme et leurs produits, S.R.C. 1970, chap. L-8.

Loi sur les associations coopératives de crédit, S.R.C. 1970, chap. C-29.

Loi sur les biens de surplus de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. S-20.

Loi sur les chemins de fer de l'État, S.R.C. 1970, chap. G-11.

Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-10.

Loi sur les Commissions de port, S.R.C. 1970, chap. H-1.

Loi sur les contaminants de l'environnement, S.C. 1974-75-76, chap. 72.

Loi sur les dispositifs émettant des radiations, S.R.C. 1970, chap. 34 (1er Supp.).

Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40.

Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13.

Loi sur les épizooties, S.R.C. 1970, chap. A-13.

Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5.

Loi sur les mesures de guerre, S.R.C. 1970, chap. W-2.

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14.

Loi sur les poids et mesures, S.C. 1970-71-72, chap. 36.

Loi sur les ports de pêche et de plaisance, S.C. 1977-78, chap. 30.

Loi sur les produits dangereux, S.R.C. 1970, chap. H-3.

Loi sur les subventions aux bassins de radoub, S.R.C. 1970, chap. D-9.

Loi sur les télégraphes, S.R.C. 1970, chap. T-3.

Colombie-Britannique

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86.

Alberta

Proceedings Against the Crown Act, R.S.A. 1980, chap. P-18.

Saskatchewan

The Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1978, chap. P-27.

Manitoba

The Proceedings Against the Crown Act, R.S.M. 1970, chap. P140.

Ontario

Crown Agency Act, R.S.O. 1970, chap. 100, devenu R.S.O. 1980, chap. 106.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, chap. 393.

Québec

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12.
Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25.
Loi sur Hydro-Québec, L.R.Q. 1977, chap. H-5.

Nouveau-Brunswick

Loi sur les procédures contre la Couronne, L.R.N.B. 1973, chap. P-18.

Nouvelle-Écosse

Proceedings against the Crown Act, C.S.N.S. 1979, chap. P-29.

Île-du-Prince-Édouard

Crown Proceedings Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. C-31.

Terre-Neuve

The Proceedings against the Crown Act, S.N. 1973, chap. 59.